

THÈSE DE

PARIS.

1889

N^o. 98

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DU PÉCULE CASTRENSE

DROIT FRANÇAIS

DE L'INVOLABILITÉ DU DOMICILE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

PAR

Théodore Th. PISOSKI

PARIS

L. LAROSE ET FORCEL

Libraires-Éditeurs

22, RUE SOUFFLOT, 22

1889

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

IMPRIMERIE
CONTANT-LAGUERRE



BAR-LE-DUC

FACULTÉ DE DROIT DE PARIS

DROIT ROMAIN

DU PÉCULE CASTRENSE

DROIT FRANÇAIS

DE L'INVOLABILITÉ DU DOMICILE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue le Mercredi, 10 Juillet 1889, à trois heures

PAR

Théodore Th. PISOSKI



PRÉSIDENT : M. A. ESMEIN

SUFFRAGANTS



MM. LEVEILLÉ
JALABERT
CHAVEGRIN



PROFESSEURS
AGRÉGÉ

PARIS

L. LAROSE ET FORCEL

Libraires-Éditeurs

22, RUE SOUFFLOT, 22

1889

La Faculté n'entend donner aucune appro-
bation ni improbation aux opinions émises dans
les thèses; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.

DROIT ROMAIN

DU PÉCULE CASTRENSE.

CHAPITRE PREMIER.

ORIGINE HISTORIQUE DU PÉCULE CASTRENSE.

L'étude du pécule *castrense* est surtout intéressante par les principes divers qu'elle met en jeu. Son institution a été le point de départ de l'indépendance du fils de famille au point de vue de sa fortune et de ses biens, et a porté atteinte à la constitution de la famille romaine. En même temps, elle dénote une transformation, une évolution, dans l'état social et politique de l'État romain.

Le pécule *castrense* a été rendu nécessaire par suite des transformations qui depuis Marius s'étaient opérées dans la constitution de l'armée romaine, et des modifications que l'organisation et la composition nouvelles de l'armée apportèrent dans les institutions politiques de Rome, à l'époque de César et d'Auguste.

De là découlèrent plusieurs privilèges attachés à la qualité de soldat et celui du pécule *castrense* fut le plus important.

Sous la royauté d'après la constitution de Servius, les citoyens possédant une certaine fortune étaient astreints au service militaire. Quiconque faisait partie d'une des cinq classes du cens devait, pendant un certain temps, faire un certain nombre de campagnes; ces campagnes à l'origine étaient de courte durée et une fois terminées, les soldats étaient licenciés. Mais les exigences du service s'accrurent, et l'organisation primitive ne donna plus le moyen d'y satisfaire. On abaissa le taux exigé pour être soldat de 11,000 as à 400 sans remédier au mal, car l'accroissement du nombre des citoyens en état de porter les armes ne répondait pas aux besoins plus étendus de la guerre. Bien plus, à l'époque de la première guerre punique, la classe moyenne des paysans, qui jusqu'alors avait formé le noyau de l'armée, diminuait notablement. La grande propriété avec ses esclaves étouffait les petits paysans et, à la fin du second siècle avant J.-Chr., les citoyens se composaient uniquement d'un petit nombre de familles riches et de la masse d'une population ruinée. Aussi était-il impossible de s'en tenir aux anciennes institutions; les riches se soustrayant de plus en plus au service militaire. Pour trouver des soldats il n'y avait plus qu'un moyen, auquel jusqu'alors on avait évité de recourir : attirer dans l'armée les citoyens sans fortune, par les avantages que leur procurerait le service militaire. Marius en 107 avant J.-Chr., fit le premier ce pas

décisif en permettant à tout citoyen libre de devenir soldat quelle que fût sa fortune ⁽¹⁾.

L'ancien mode de recrutement ne disparut pas pour cela, mais peu à peu les armées romaines ne se composèrent plus que de mercenaires enrôlés; et comme l'extension des conquêtes dans les pays lointains ne permettait plus de licencier promptement les soldats, les mercenaires ne partaient plus pour une campagne, mais pour un service de longue durée, qui allait jusqu'à vingt ans. Sous Auguste se forma une véritable armée permanente.

Ces modifications étaient avantageuses au point de vue militaire; elles étaient, au contraire, fort dangereuses au point de vue politique. Ce furent elles qui amenèrent la chute de la République et l'avènement de l'Empire. Les prolétaires enrôlés étaient prêts à servir quiconque leur offrait une plus grasse solde et un plus riche butin; à ce prix, ils tournaient volontiers les armes contre leurs concitoyens. Rome ne manquait pas d'ambitieux disposés à tirer parti de cette situation et l'on vit alors les luttes des partis dégénérer en une rivalité de chefs militaires soutenus par leurs armées. César et Auguste durent leurs succès aux soldats qu'ils commandaient.

Les empereurs aussi cherchèrent d'abord un appui dans l'armée; ils mirent tout en œuvre pour s'assurer de leur fidélité. De là, tous les privilèges accordés aux militaires : l'élévation de la solde, les dons en argent (*donativa*), la re-

(1) Mommsen : *Histoire romaine*, t. II, chap. 6; Fitting : *Das castrense peculium*, § 1.

traite après le service expiré. L'état militaire devint bientôt un des plus enviés. Du désir de favoriser les soldats sont nés, avons-nous dit, la plupart des privilèges militaires ; nous disons la plupart, car plusieurs s'expliquent par une raison différente. Pour les soldats des derniers temps de la République et de l'Empire, le service militaire était une vocation exclusive ; le soldat restait vingt ans sous les drapeaux, car, même en temps de paix, on l'occupait à des travaux publics. Enfin, les troupes avaient leurs quartiers dans des provinces éloignées et tiraient leurs contingents, d'abord des classes inférieures, plus tard uniquement de ces provinces. On ne pouvait donc exiger de ces soldats la connaissance du droit que l'on réclamait de tout citoyen, et que, dans les premiers temps, on supposait aussi chez les soldats ; pour ces derniers, il n'y avait point de raison de faire une exception, car, en général, ils revenaient assez vite à la vie civile et, de plus, il ne pouvait manquer d'y avoir parmi eux des gens connaissant le droit et dont ils pouvaient prendre conseil. Les soldats de vocation, au contraire, vivaient loin des affaires civiles, ils ignoraient forcément le droit ; on ne pouvait exiger d'eux qu'ils en observassent exactement les règles, et c'eût été trop rigoureux de les soumettre au droit commun ⁽¹⁾.

Tout d'abord, les soldats furent exemptés des règles juridiques ordinaires de la confection des testaments. Chaque citoyen tenait à laisser en mourant un testament, car la suc-

(1) Ihering : *Histoire du droit romain*, t. II, § 42 ; Accarias : *Précis de droit romain*, t. I, n° 415 ; Fitting : *Das castrense peculium*, § 1.

cession *ab intestat* passait à l'agnat le plus éloigné et même aux *gentiles*, à l'exclusion des cognats les plus proches. Les conditions ensuite de validité des testaments étaient si compliquées, qu'on s'explique que les soldats en aient été exemptés. D'après Ulpien (L. 1, D. *De test. mil.*, L. 29, t. 1), cette réforme est due à Jules César. Ce privilège, nous dit ce jurisconsulte, n'était que temporaire. Les militaires n'en jouirent pas sous Auguste ni les empereurs suivants, jusqu'au jour où Titus le renouvela; c'est ce que prouve la suite du texte d'Ulpien. La dispense de formes, dit-il, que Jules César accorda le premier, comme faveur passagère, ne fut renouvelée que par Titus, après lui par Domitien, puis Nerva l'étendit; avec Trajan, cette faveur forme un article des mandats. Il en faut conclure que dans le siècle qui sépare César de Titus, ce privilège n'existait pas.

Le second privilège et le plus important, fut l'introduction du pécule *castrense*. Ce fut le plus sérieux tempérament à la règle injuste qui faisait acquérir au père de famille tous les biens que le fils avait acquis par son seul fait. — L'institution du pécule *castrense* paraît remonter à Auguste (*Inst.*, pr., L. II, t. 12). Cet empereur qui confisqua des terres pour les distribuer à ses soldats, s'aperçut que ceux d'entre eux qui étaient fils de famille ne les acquerraient pas pour eux-mêmes, mais pour leur *paterfamilias*. Afin de les faire bénéficier de ses libéralités il institua le pécule *castrense*⁽¹⁾.

(1) Accarias : *op. cit.*, t. I, 297, note 2.

En même temps Auguste accorda aux soldats en puissance paternelle le droit de disposer par testament de ce qu'ils acquerraient aux camps, du pécule *castrense*. C'est ce qu'il résulte d'un passage précité des Institutes, et d'un texte des fragments d'Ulpien : « Filiusfamiliae testamentum facere « non potest, quoniam nihil suum habet, ut testari de eo « possit. Sed divus Augustus Marcus constituit, ut filiusfa- « miliae miles de eo peculio quod in castris adquisivit, testa- « mentum facere possit⁽¹⁾. » Quoique le texte parle de *Marcus*, il faut attribuer cette innovation à Auguste. Il y a là une faute, car Ulpien n'a pu écrire le mot *Marcus*. Pour s'en convaincre, il suffit d'observer que d'après le passage des Institutes, Adrien, avait étendu ce privilège aux vétérans; or comment Marc-Aurèle aurait-il pu songer à l'accorder aux milites sans faire mention des vétérans? A son époque le droit du fils de famille, soldat ou vétéran, de disposer par testament de son pécule *castrense* était depuis longtemps incontesté; il n'y avait doute que sur le point de savoir, quel était du *pater* ou du fils de famille le propriétaire du pécule. Tout fait croire qu'au lieu du mot *Marcus* il y avait l'abréviation *M.* datis, à laquelle un scribe inintelligent a substitué le nom de l'empereur qui s'en rapprochait le plus⁽²⁾.

Ce privilège accordé par Auguste aux soldats n'avait aucun rapport avec la faveur qui les dispensait de remplir, pour faire leur testament, les formalités prescrites. De ce

(1) *Fragmenta*, t. XX, § 10.

(2) Fitting : *op. cit.*, § 2.

que les soldats n'étaient pas astreints à tester dans les formes ordinaires, il ne s'en suivait pas qu'ils eussent la faculté de tester; il leur fallait pour cela posséder quelque chose en propre, d'où la nécessité de leur accorder un second privilège, indépendant du premier, de leur permettre de disposer par testament de leur pécule *castrense*. Auguste l'institua, sans exempter les soldats de l'observation des formalités prescrites pour la confection des testaments; cette exemption ne fut accordée aux vétérans que par Adrien. La dispense de formes, avons-nous dit, n'exista pas sous le règne d'Auguste, elle ne fut renouvelée que par Titus.

Cette innovation se justifie par une raison politique. L'empereur cherchait d'abord à attirer les fils de famille à l'armée par une faveur, et en même temps à les rendre indépendants de leurs pères, afin d'en faire des instruments plus dociles. C'est dans le même but qu'Auguste (L. 26, D. L. 28, t. 2), interdit au père d'exhéréder son fils au service; cette mesure assurait à ce dernier sa portion légitime.

Par suite de ces derniers privilèges, non seulement le fils devenait indépendant de son père, mais même le père en arrivait à dépendre de son fils; car par suite des nombreux *donativa* que les soldats recevaient à l'armée et dont la moitié servait à lui former un capital dont il ne pouvait disposer qu'à son congé, le pécule *castrense*, atteignait un chiffre assez élevé, étant donné surtout que l'armée se recrutait dans la classe populaire. — Le *pater*, par suite,

cherchait à éviter tout ce qui pouvait déplaire au fils afin de ne pas amener l'institution d'un autre que lui-même.

Le droit accordé aux fils de famille de disposer par testament de leur pécule *castrense*, paraît avoir été temporaire, comme la dispense de formes prescrites pour la validité des testaments. C'est ce qui semble résulter d'un passage des Institutes ⁽¹⁾ aux termes duquel après Auguste, Nerva et Trajan ont institué ce privilège. — Sous le règne de Tibère, il n'aurait point existé. Ce ne serait qu'à la fin du 1^{er} siècle qu'il serait devenu véritablement une institution fixe. Adrien l'étendit aux vétérans par un rescrit qui avaient été licenciés d'une façon honorable.

Cette règle exceptionnelle ne cessa point pour cela d'être un privilège réservé aux soldats; mais elle fut considérée comme devant naturellement s'appliquer aux acquisitions faites au service.

Le pécule *castrense*, sans cesse l'objet de nouveaux privilèges, fut soumis à des règles toutes différentes de celles qui régissaient le pécule ordinaire; finalement à la suite de deux ordonnances d'Adrien, la faculté de disposer du pécule par testament ne fut plus considérée que comme une conséquence de sa nature juridique.

Dans notre travail nous nous sommes inspiré beaucoup des auteurs allemands, et surtout de l'ouvrage de M. Fitting, *Das castrense peculium*.

(1) Inst. pr., I, L. 2, § 12.

CHAPITRE II.

DÉFINITION ET COMPOSITION DU PÉCULE CASTRENSE.

La définition traditionnelle du pécule *castrense* est fort simple : c'est ce qu'un fils de famille acquiert par suite du service militaire. Les différentes acquisitions ne seraient que des développements, des applications particulières, de cette définition qui trouve sa confirmation dans la loi 11, D. L. 49, t. 17.

Des doutes peuvent cependant naître sur son exactitude. Paul dans ses *Sentences* donne la définition suivante du pécule *castrense* « castrense peculium est quod in castris « acquiritur vel quod proficiscenti ad militiam datur ⁽¹⁾. » Les *Sentences* de Paul sont en général très concises ; comment donc se fait-il que le jurisconsulte, connaissant la définition si simple de la loi 11, ait distingué le pécule *castrense* en deux éléments : 1° « id quod in castris adquiritur, 2° id « quod proficiscenti ad militiam datur? » D'ailleurs Paul n'est pas seul à définir ainsi le pécule *castrense* ; nous trou-

(1) Paul, *Sent.*, L. III, t. IV (A), § 3.

vons dans un rescrit de l'empereur Alexandre la définition suivante : « Peculio autem castrensi cedunt res mobiles, « *quæ eunti in militiam a patre, vel a matre, aliisve propin-* « *quis vel amicis donatæ sunt, item quæ in castris per occa-* « *sionem militiæ quærentur* ⁽¹⁾. »

Ce texte distingue donc deux éléments dans le pécule *castrense*, et plus nettement encore que Paul. Dans un autre rescrit d'Alexandre ⁽²⁾ les deux éléments sont clairement désignés. Autre allusion à cette division dans un troisième rescrit du même empereur ⁽³⁾.

Il en faut conclure que les Romains n'ont point cru pouvoir donner du pécule *castrense* une définition simple, qu'ils ont considéré que les donations faites au fils de famille à son départ pour l'armée ne faisaient point partie des acquisitions *in castris*, mais qu'au contraire le pécule *castrense* se composait de deux éléments distincts ne pouvant être ramenés à une notion simple. Par suite, les textes que nous venons de citer sont la condamnation de la définition traditionnelle contenue dans la loi 11.

On peut objecter à la conclusion que nous venons d'indiquer, que d'autres textes s'y opposent. Outre la loi 11, on trouve des passages où le pécule *castrense* est défini comme comprenant un seul élément « id quod filiusfamilias miles « in castris adquisivit. » Voici quelques-uns de ces textes : « Sed divus Augustus constituit ut filiusfamiliae miles de eo

(1) L. 1, C., L. 12, t. 37.

(2) L. 3, C., L. 9, t. 49.

(3) L. 4, C., L. 3, t. 36.

« peculio quod in castris acquisivit, testamentum facere possit ⁽¹⁾. » Pomponius, « Si filiusfamilias miles non sit testatus de his, quæ in castris adquisierit, an ea ad matrem pertineant, videndum est ⁽²⁾, » et d'autres encore ⁽³⁾.

Comment concilier ces deux séries de textes contradictoires? Plusieurs explications ont été données :

1° Les jurisconsultes qui ont défini le pécule *castrense* comme le fait la loi 11, ont cherché dans leur définition à réunir les deux éléments que l'autre définition laisse distincts. Cette interprétation est inacceptable, car la proposition qui compose la première définition ne constitue qu'un des deux termes de la seconde définition.

2° Dans l'esprit des jurisconsultes l'expression, *quod in castris acquisivit*, a pu avoir un sens plus large que celui qu'on lui prête.

On ne peut concevoir qu'un jurisconsulte comprenne les donations faites au fils de famille à son départ pour l'armée, dans ce qu'il acquerrait aux camps.

3° L'explication à laquelle nous nous arrêterons est la suivante. Ce sont surtout les textes anciens qui ne découvrent dans le pécule qu'un seul élément; au contraire les textes récents distinguent deux éléments distincts. Il faut admettre sans hésiter qu'à l'époque de la décadence romaine et sous le règne de Justinien, le pécule *castrense* comprenait : a) les acquisitions faites au service; b) les dons faits au départ pour

(1) Ulpian, *Frag.*, t. XX, § 10.

(2) Pomponius : L. 10 pr., D., L. 38, t. 17.

(3) L. 4, § 1, D., L. 41, t. 3; L. 18, § 5, D., L. 49, t. 17.

l'armée. Les définitions qui datent de cette époque doivent rappeler ce double élément. On peut dès lors admettre que dans les premiers temps le pécule *castrense* ne comprenait que les *acquisita in castris*, et que plus tard les donations faites au fils, à son départ pour le service, formèrent le second élément constitutif du pécule *castrense*. Cette extension progressive était réalisée d'une façon à peu près certaine au temps de Septime-Sévère. C'est ce que nous allons démontrer.

L'institution du pécule *castrense* était une institution anormale; elle n'a dû occuper dans les premiers temps qu'un champ limité. Il constituait un empiètement sur les droits du père de famille. Cet empiètement devint plus grave quand les soldats purent disposer par testament de leur pécule *castrense*. Ce texte d'Ulpien, qui rappelle la disposition par laquelle Auguste accorda ce droit aux fils de famille soldats, ne mentionne pas le second élément constitutif du pécule. Ce passage d'Ulpien trouve sa confirmation dans les Institutes qui disent : « Exceptis militibus qui in potestate
« parentum sunt, de eo, quod in castris acquisierint, per-
« missum est ex constitutionibus principum testamentum
« facere ⁽¹⁾. » La suite de ce texte nous apprend qu'après Auguste, Nerva, Trajan et Adrien, ont renouvelé et élargi ce privilège, sans non plus rien dire du second élément du pécule. Donc à l'époque d'Adrien il se composait seulement des acquisitions *in castris*.

(1) Inst. pr., L. 2, t. 12.

On nous fera peut-être l'objection suivante : nous avons dit plus haut qu'au temps de Justinien, le pécule *castrense* comprenait deux éléments ; comment se fait-il alors que les Institutes ne le désignent que par *id quod in castris acquisiit*, sans parler des donations faites au fils de famille à son départ pour l'armée ?

Les Institutes ne parlent il est vrai que d'un seul élément du pécule, mais nous croyons qu'elles les ont en vue tous les deux. En effet, les jurisconsultes chargés de la confection des Institutes ont fait des emprunts aux ouvrages des anciens jurisconsultes, spécialement à Gaius qui définissait le pécule *castrense* « *id quod in castris acquisiit miles* » et ne mentionnait pas les donations. Les rédacteurs des Institutes auraient dû compléter le texte de Gaius et rappeler le second élément que le pécule comprit plus tard ; ils ne l'ont pas fait, croyant que de tout temps le pécule *castrense* avait compris deux éléments, et que l'expression employée par Gaius les désignait tous deux suffisamment ⁽¹⁾.

Paul ⁽²⁾ rapporte qu'Antonin le Pieux n'accordait pas au *parens manumissor* une *bonorum possessio contra tabulas* à l'égard des *bona castrensia* d'un fils émancipé, et Marcellus pour désigner ces *bona castrensia* dit : « *exceptis his rebus quas in castris acquisisset* ⁽³⁾, » ce qui prouve qu'au temps d'Antonin le Pieux, le pécule *castrense* comprenait un seul élément.

(1) Fitting : *op. cit.*, § 4.

(2) Paul, L. 30, D., L. 29, t. 1.

(3) Marcellus : L. 29, D., § 3, L. 29, t. 1.

Quand un fils succédait à son père, en concours avec d'autres enfants, il gardait le pécule *castrense* par préciput. Un texte de Papinien ⁽¹⁾ nous apprend qu'au temps de Marc-Aurèle, cette dispense ne s'étendait qu'à ce qui « *in castris fuerat acquisitum militi*, » d'où il ressort qu'à cette époque le pécule *castrense* ne comprenait toujours qu'un seul élément. De même, Paul ⁽²⁾ s'exprime d'une façon qui nous montre qu'à l'époque où il écrivait, vers 175 après J.-Chr., le pécule *castrense* se composait encore uniquement des acquisitions faites par le fils de famille aux camps.

Dès l'époque de Septime-Sévère au contraire, on trouve des textes qui y comprennent les donations faites au fils de famille à son départ pour l'armée. Tel est un texte de Tertullien qui est ainsi conçu : « miles præcipua habere debet quæ tulit secum in castra concedente patre ⁽³⁾. » Paul dans un texte de ses *Sentences*, texte qui date des premières années du règne de Caracalla, définit le pécule comme comprenant deux éléments.

En présence de ces textes, on peut admettre que l'extension du pécule a eu lieu sous Septime-Sévère, soit à l'époque où il régnait seul, soit quand il partageait le trône avec Caracalla. L'extension est due à une disposition impériale, comme l'institution du pécule *castrense* elle-même. La majorité des jurisconsultes de cette époque admettent que le

(1) Papinien : L. 54, D., L. 36, t. 1.

(2) L. 4, § 1, D., L. 41, t. 3.

(3) L. 4 pr., D., L. 49, t. 17.

pécule se composait de deux éléments : Paul, Papinien ⁽¹⁾ et l'empereur Sévère en particulier.

Où donc trouver une définition exacte du pécule *castrense*? La définition traditionnelle est généralement tirée du passage de Macer, qui est ainsi conçu : « *castrense peculium* est, quod a parentibus vel cognatis in militia agenti donatum est, vel quod ipse filiusfamilias in militia acquisiit, quod, nisi militaret, acquisiturus non fuisset, nam quod erat et sine militia acquisiturus, id peculium eius *castrense* non est ⁽²⁾. »

Le pécule *castrense* serait donc : ce qu'un fils de famille acquiert à l'occasion du service militaire. La restriction *quod nisi militaret* s'applique aux deux membres de phrase précédents. Si on la rapportait au second membre de phrase, non seulement la définition serait incomplète, mais la première proposition, sans ce tempérament, serait fausse et en contradiction flagrante avec les lois 6 et 8 du même titre.

Même en appliquant cette restriction au texte entier, il ne définit pas exactement le pécule *castrense*, puisqu'il néglige un de ses éléments constitutifs : les donations faites au fils de famille, « *eunti in militiam*, » les mots « *agenti in militiam* » ne s'y réfèrent assurément pas.

Nous croyons donc que ce n'est pas dans la loi 11 au Digeste, qu'il faut chercher la définition du pécule *castrense*. Si les compilateurs du Digeste avaient attaché une grande

(1) L. 23, § 2, D., L. 40, t. 5.

(2) L. 11, D., L. 49, t. 17.

importance au texte de Macer, ils ne lui auraient pas assigné la onzième place dans le titre ; s'ils y avaient vu la définition du pécule *castrense*, ils en auraient fait le *principium* suivant leur habitude. La véritable définition est celle que donne la loi 1 au Code, L. 12, t. 37. Dans la loi 11 on ne trouve que la définition d'un des éléments du pécule *castrense*, élément exclusif à l'origine.

Connaissant les éléments constitutifs du pécule *castrense*, il faut les considérer et les suivre distinctement dans leur développement.

Nous commencerons par le premier élément, c'est-à-dire les acquisitions faites par le fils de famille au service militaire, car cet élément est le plus ancien et en même temps le plus important.

SECTION PREMIÈRE.

Acquisitions faites par le fils de famille au service.

Deux particularités distinguent nettement les acquisitions faites à l'armée des donations au départ pour le service. D'abord les *acquisita in castris* comprennent uniquement les acquisitions faites par le fils de famille alors qu'il est soldat, et seulement pendant la durée de son service, à l'exclusion, par conséquent, de tout ce qu'il acquiert avant d'être soldat ou après qu'il a cessé de l'être ; de là l'expression employée par les textes de *in castris* ou *in militia*. En outre, les acquisitions doivent être faites, non seulement

pendant le service, mais aussi à l'*occasion de ce service*. Cette seconde règle a été élargie; on considéra comme faite, à l'occasion du service, toute acquisition que le fils de famille n'aurait point faite, s'il n'avait été soldat. C'est ce qu'expriment les textes ⁽¹⁾.

Ces deux conditions sont essentielles. Si, par exemple, un fils de famille soldat est institué héritier, par un de ses camarades, mais qu'il ne reçoive cette succession qu'après son congé, cet héritage ne fera point partie du pécule *castrense*.

Le premier élément constitutif du pécule *castrense*, les acquisitions faites par le fils à l'armée, comprend :

1° Ce que le fils de famille soldat a reçu comme *solde*, *butin* et *donativa*; les récompenses qui lui ont été accordées par l'empereur ou le général pour services rendus; et enfin les *præmia militiæ*, auxquelles avaient droit les soldats à leur congé, et qui provenaient de la moitié des *donativa*, retenue dans la caisse de la cohorte pour leur assurer un capital à leur rentrée dans les foyers ⁽²⁾.

2° Les donations ou legs, faits à un fils de famille, par un de ses compagnons d'armes, ou par une autre personne qu'il n'a connue ou avec laquelle il n'est entré en relations plus intimes que par suite du service militaire.

Toutes ces acquisitions sont dues à sa qualité de soldat; c'est le service qui a été l'occasion de contracter ces relations qui ont amené les libéralités. Supposons un fils institué

(1) L. 14, D., L. 49, t. 17; L. 1, C., L. 12, t. 37.

(2) Végèce : *De re militari*, L. 6, II, c. xx.

héritier par un *commiles*; il fera adition sans l'ordre de son père et acquerra la succession en son nom personnel. C'est ce qui ressort du texte suivant « miles filiusfamilias a com-
« militone vel ab eo, quem per militiam cognovit, heres insti-
« tutus et citra jussum patris suo arbitrio recte pro herede
« geret ⁽¹⁾. »

Une hypothèse soulève des difficultés : un soldat, parent d'un fils de famille qui est soldat lui-même, l'institue son héritier; l'institution est-elle due à l'affection résultant de la parenté ou à la qualité de soldat de l'institué? L'héritage fera-t-il partie du pécule *castrense*? Il faut répondre que s'il existait entre eux une véritable camaraderie, s'ils ont servi ensemble de façon qu'ils aient pu avoir des relations fréquentes, la succession tombera dans le pécule *castrense*; au contraire s'ils servaient dans des provinces différentes, l'institution ne peut s'expliquer que par les liens de parenté qui les unissait, et le pécule ne profitera pas de cette institution. C'est ce qui résulte d'un texte de Papinien : « Here-
« ditatem castrensi peculio non videri quæsitam, respondi,
« quam frater patruelis in alia provincia stipendia merens
« fratri patrueli, cum quo numquam militavit, reliquit;
« sanguinis etenim ratio, non militiæ causa meritum here-
« ditatis accipiendæ præbuerat ⁽²⁾. »

D'ailleurs en supposant qu'il existât entre eux une véritable camaraderie, il faudra tenir compte des expressions employées par le testateur.

(1) L. 5, D., L. 49, t. 17.

(2) L. 16, § 1, D., L. 49, t. 17.

Si un militaire par exemple servant à l'armée à côté de son frère, l'institue héritier, en même temps que ses autres frères et sœurs, l'on voit que cette institution n'est pas due à la camaraderie et au service militaire.

Dans le cas où des doutes peuvent s'élever sur le sens des expressions employées par le testateur, il faut distinguer suivant que le testament a été fait après ou avant l'entrée au service. Dans ce dernier cas, la succession ne profite pas au pécule *castrense*. Il en est autrement si l'institution a eu lieu après l'entrée au service, car l'amitié contractée à l'armée, a pu, plus encore que la parenté, déterminer la libéralité; on peut dire que le parent n'aurait point été institué, s'il n'avait été soldat. Telle était la décision des textes, et l'empereur en fit l'application à un militaire, que son frère soldat dans la même armée avait institué héritier, en disant que les charges militaires qu'ils avaient supportées ensemble, avaient dû accroître de beaucoup leur affection fraternelle, et resserrer encore les liens qui les unissaient ⁽¹⁾.

S'agissant d'héritités que le fils de famille soldat reçoit de ses compagnons d'armes, ou d'autres personnes qu'il a connues par suite du service militaire, peu importe de quels biens elles se composent. Les immeubles même tombent dans le pécule *castrense* ⁽²⁾. La qualité de l'institué importe seule, la nature des biens est différente.

Il semble cependant que la loi 1, C., que nous venons de citer contredit cette règle, lorsqu'elle dit : « In castrensi

(1) L. 4, C., L. 12, t. 37; L. 19 pr., D., L. 49, t. 17.

(2) L. 1, C., L. 2, t. 37.

vero peculio prædium donatum non esse constat. » On se rend compte de ce passage en observant qu'il est compris dans un rescrit, qui statue sur un cas particulier de donation faite par un père à son fils militaire; en cette hypothèse le texte a raison de dire que l'immeuble est exclu du pécule *castrense*; mais si la donation émane d'une personne que le fils ne connaissait pas avant son entrée au service, ou d'un camarade, ce n'est plus applicable, et il importe peu que la libéralité consiste en meubles ou immeubles... C'est ce que décida l'empereur Alexandre dans un rescrit ⁽¹⁾.

L'hérédité laissée par une mère à son fils alors qu'il était à l'armée, doit être exclue du pécule *castrense*, même lorsqu'elle a été laissée avec cette destination expresse, car, comme dit Ulpien, ce qu'il importe de prendre en considération, ce n'est pas le motif allégué, mais la véritable cause de la libéralité. Dans notre hypothèse, la libéralité a été faite au fils et non au soldat. C'est du reste, ce que les textes décident : « Matris autem hereditas quamvis in « militia delata sit, ad peculium castrense non pertinet ⁽²⁾. »

Si l'hérédité déferée, par la mère au fils, ne tombe pas dans le pécule *castrense*, il semble qu'il y ait lieu de donner la même solution au cas où l'institution émane d'une femme, en faveur de son mari militaire. La cause déterminante de la libéralité a été chez l'institué, la qualité de mari et non celle de soldat. Telle est d'ailleurs l'opinion qu'Ulpien exprime au Digeste : « Si forte uxor, vel cognatus, vel

(1) L. 4, C., L. 3, t. 36.

(2) L. 4, C., L. 12, t. 37.

« quis alius non ex castris notus filiofamilias donaverit
« quid, vel legaverit, et expresserit nominatim, ut in cas-
« trensi peculio habeat, an possit castrensi peculio adgre-
« gari? Et non puto; veritatem enim spectamus, an vero
« castrensis notitia vel affectio fuit, non quod quis finxit⁽¹⁾. »

Cependant cette opinion semble contredite par un rescrit d'Adrien rapporté par Papinien, qui, dans un autre passage, approuve cette décision. Voici ces textes de Papinien :
« Divus Hadrianus rescripsit in eo, quem militantem uxor
« heredem instituerat, filium extitisse heredem, et ab eo
« servos hereditarios manumissos, proprios ejus liberos
« fieri⁽²⁾ » et « divi Hadriani temporibus filiumfamilias
« militem uxori heredem extitisse placuit, et hereditatem
« in castrense peculium habet⁽³⁾. » Nous trouvons dans ces passages une doctrine tout à fait opposée à celle de la loi 8. Ces lois sont-elles donc inconciliables? On a cherché à les mettre d'accord et à cet effet plusieurs explications ont été données. Nous énumérerons les principales :

1° Quelques romanistes pensent que le rescrit d'Adrien, mentionné dans les lois 13 et 16, forme une décision d'espèce et de faveur, un privilège accordé soit à un corps d'armée, soit à quelques militaires méritants. Les compilateurs du Digeste ont négligé de reproduire cette espèce, et ont donné ainsi, inconsciemment, à une disposition exceptionnelle, le caractère d'une décision générale et absolue.

(1) L. 8, D., L. 49, t. 17.

(2) L. 13, D., L. 49, t. 17.

(3) L. 16, D., L. 49, t. 17.

Cette explication s'appuie sur une pure conjecture, et dans tous les cas elle est sans valeur pour la loi 16 qui semble bien formuler un principe général.

2° Une seconde opinion, attache grande importance aux mots *militem* et *militantem* des lois 13 et 16, qui ne se retrouvent pas dans la loi 8. Les lois 13 et 16 prévoient le cas où la femme a institué héritier son mari qui est encore au service; elle a voulu lui assurer une fortune afin de lui adoucir la vie des camps; l'institution a eu *occasione militiæ*, et profite au pécule *castrense*. C'est l'application des principes généraux.

Dans la loi 8 au contraire, l'institution s'adressait au fils devenu vétéran, ce qui exclut la possibilité d'une institution faite à l'occasion du service militaire; elle ne profitera pas au pécule *castrense*.

Si cette explication est exacte, la contradiction entre les textes n'est qu'apparente, et les deux solutions différentes sont la conséquence de l'application rigoureuse des principes généraux sur la constitution du pécule *castrense*.

Cette théorie nous semble inadmissible. Elle donne une trop grande importance aux mots *militem* et *militantem* des lois 13 et 16.

3° Le système de Cujas auquel Pothier a apporté son adhésion. Selon Cujas ⁽¹⁾ et Pothier ⁽²⁾ la solution de la difficulté doit être recherchée dans les lois caducaires Julia et Papia-Poppea, d'après lesquelles une femme sans enfants

(1) *Comm. in lib. 19, resp. Papin.*

(2) *Pandectes*, 49, 17, IV.

ne pouvait instituer son mari héritier, car il était privé du *jus capiendi*; l'institution était nulle sinon pour le tout du moins pour les neuf dixièmes. Adrien aurait fait une exception à cette règle en faveur des militaires. Or les lois 13 et 16 statueraient sur le cas d'une institution faite par une femme stérile au profit de son mari militaire. Cette institution ne devant sa validité qu'à la qualité de militaire de l'institué, elle constitue pour celui-ci une acquisition *occasione militiæ* qui devra tomber dans le pécule *castrense*. La décision de Papinien est donc conforme aux principes généraux. Dans la loi 8 au contraire, Ulpien statue sur une hypothèse tout opposée à celle envisagée par Papinien; c'est celle d'une femme non stérile, à qui par conséquent on n'applique pas les lois caducaires, et capable de faire une institution valable. L'institué ne devant plus à sa qualité de militaire le *jus capiendi*, le pécule *castrense* ne s'enrichira pas des biens qui composent l'hérédité. La décision d'Ulpien est donc très correcte pour le cas qu'elle a en vue.

Ce système ne doit pas être admis. D'abord rien dans les textes ne fait supposer qu'il s'agisse d'une application des lois caducaires. De plus même en admettant la solution de Cujas et Pothier, le pécule *castrense* ne devrait profiter que des neuf dixièmes de la succession, l'institution étant valable pour un dixième; c'est là une particularité dont les partisans de ce système ne tiennent pas compte dans leurs explications.

4° Certains auteurs distinguent entre les donations et les legs d'une part et les institutions d'héritiers de l'autre.

— Adrien pour favoriser les militaires a créé une exception au principe, que les acquisitions faites par le fils de famille soldat ne tombent dans le pécule *castrense*, que s'il les a faites *occasione militiæ* : c'est au cas où une femme institue héritier son mari militaire. Les dons et legs restent soumis à la règle générale. De cette façon la contradiction disparaît. Ulpien dans la loi 8 suppose un legs et l'exclut avec raison du pécule *castrense*; Papinien, dans les lois 13 et 16, a en vue une institution d'héritier, et la solution qu'il donne est conforme à l'exception introduite par Adrien.

Cette distinction, que font les partisans de ce système, ne s'appuie sur aucun texte, aussi la rejetons-nous.

Aucune de ces explications ne nous satisfait; toutes se basent sur des hypothèses. Adrien introduisit, selon nous, dans la constitution du pécule *castrense* un élément qu'on doit considérer comme purement arbitraire. Il ne faut chercher à trouver aucune relation intime, entre cette faveur d'Adrien, et le service militaire, et en admettant l'un des systèmes l'on tomberait dans un arbitraire plus grand que celui de l'empereur, qui, lui, n'était pas obligé de s'appuyer sur des motifs théoriques.

Pas de difficultés, quant à l'acquisition de la dot que la femme apporte ou promet en se mariant à un fils de famille militaire. Elle ne tombe point dans le pécule *castrense*. C'est ce que décide Papinien⁽¹⁾, quand il dit que la dot étant destinée à subvenir aux charges du mariage, ces charges

(1) L. 16 pr., D., L. 49, t. 17.

pesant sur le père de famille : c'est à lui qu'elle appartiendra.

3° Le troisième élément de l'*acquisitum in castris* sont les dons et legs faits au fils de famille, d'armes ou de tous autres objets servant à l'équipement d'un soldat; *res castrenses vel militares* dit la loi 3 au Digeste, L. 49, t. 17. La nature même des objets que comprennent ces libéralités prouvent que le fils ne les aurait point reçus, s'il n'avait été soldat; peu importe d'ailleurs la condition du donateur.

Nous ne parlerons que des dons provenant de personnes connues par le fils avant son service, par exemple de ses parents. Ces dons, naturellement, ne pouvaient être que des objets mobiliers; c'est ce que prouve un texte ⁽¹⁾.

Dans le cas où le don se compose non plus d'objets mobiliers, mais d'une somme destinée à l'achat de ces objets, ce n'est pas l'argent mais les objets achetés qui tombent dans le pécule *castrense*.

Si le don consiste en un immeuble, les objets que le fils se procurera avec le prix de cet immeuble tomberont dans le pécule.

La donation, faite par le père ou par toute autre personne connue du fils avant son entrée au service, d'un esclave ou de tout autre objet pouvant servir en dehors du service militaire, ne profite au pécule qu'aux deux conditions suivantes : 1° que la donation suppose expressément, qu'ils

(1) L. 4, C., L. 3, t. 36.

seront employés par le donataire à l'armée ; 2° que le fils ait rempli cette condition.

SECTION II.

Donations faites au fils de famille soldat à son départ pour l'armée.

Nous avons vu que, pendant longtemps, le pécule *castrense* ne comprit que les acquisitions faites par le fils de famille *in castris* : ce fut seulement sous Sévère que les donations, faites au militaire partant pour l'armée, formèrent le second élément du pécule.

Il faut noter de plus que ce second élément constitutif comprend uniquement les dons, et non les legs ou successions ; tous les textes, qui se rapportent à ce sujet ne parlent que de dons, et ne sauraient être étendus.

Mais même pour les dons, il faut faire une distinction. Ils n'entrent dans la composition du pécule *castrense* qu'à la condition de consister en objets mobiliers. C'est ce qui ressort de deux rescrits d'Alexandre ⁽¹⁾ : « *peculio autem castrensi..... cedunt res mobiles quæ eunti in militiam a patre vel a matre aliisve propinquis vel amicis donatæ sunt. In castrensi vero peculio prædium donatum non esse constat* » et « *prædia autem, licet eunti tibi in castra filio pater donaverit, peculii castrensis non sunt.* » Mais peu importe qui ait fait la donation. Notons en outre que d'après la loi 4,

(1) L. 1, C., L. 12, t. 37 ; L. 4, C., L. 3, t. 36.

pr., D., L. 49, t. 17, il n'est pas besoin que la donation, quand elle émane du père, du fils de famille, soit expresse et positive; il suffit que le fils emporte l'objet donné, avec le consentement de son père : d'où il résulte que tout ce qui fait partie de son pécule ordinaire, et que le fils emporte avec lui à l'armée, sans opposition de la part du *paterfamilias*, entre dans son pécule *castrense*.

Suffit-il qu'on donne au fils à son départ pour les camps, un objet mobilier, pour qu'il tombe dans le pécule *castrense*, ou faut-il que cet objet puisse lui servir à l'armée?

La majorité des auteurs a longtemps tenu pour l'affirmative, sans d'ailleurs s'accorder pour dire quelle devait être la destination exacte de l'objet donné. Trois opinions sont en présence, qui se touchent et se confondent par certains côtés.

1° Les uns exigent que les dons consistent, en armes ou objets susceptibles d'être utilisés au service militaire.

2° D'autres exigent seulement, mais d'une façon assez peu claire, que la donation soit faite en vue du service militaire (1).

3° Enfin d'autres pensent que lorsqu'un fils de famille reçoit des objets mobiliers à son départ pour l'armée, il y a toujours lieu de supposer que cette libéralité a été faite en vue du service militaire; cette supposition doit être considérée comme absolument fondée, toutes les fois que la nature des objets ne s'y oppose pas (2).

(1) Keller : *Pandekten*, § 416, *Puchta-Vorlesungen*, § 435.

(2) Marezoll, *op. cit.*, p. 110.

Nous pensons qu'aucune de ces trois opinions n'est admissible. Les objets donnés n'ont pas besoin de l'être dans un but particulier, avec une affectation spéciale; nous voyons dans les textes, au contraire, que les objets mobiliers, donnés au fils de famille à son départ pour l'armée, sont toujours considérés comme faisant partie du pécule *castrense* sans distinction. On exige seulement, pour que ces objets tombent dans le pécule *castrense*, que le fils les emporte avec lui aux camps ⁽¹⁾. C'est ce qui ressort d'un texte de Tertulien : « miles præcipua habere debet, quæ tulit secum in castra concedente patre ⁽²⁾. »

Cette nécessité pour le fils d'emporter ces objets exclut, par là même, la possibilité de donner des immeubles; elle explique en même temps, un passage d'un texte d'Ulpien : « Plane si mihi proponas, ad castra eunti marito uxorem servos donasse, ut manumittat et habiles ad militiam libertos habeat, potest dici, sua voluntate sine patris permissu manumittentem ad libertatem perducere ⁽³⁾. » Le jurisconsulte suppose une donation d'esclaves, faite par une femme à son mari fils de famille militaire, à charge pour celui-ci de les affranchir dans un délai déterminé, et il se demande si le *jura patronata* tombe dans le pécule *castrense* et à quelles conditions. Certains auteurs, entre autres Marezoll, distinguent suivant que ces affranchis seront ou non propres au service militaire, c'est-à-dire suivant que le

(1) Vangerow : *Lehr. d. Pand.*, § 234; Fitting, *op. cit.*, § 10.

(2) L. 4, pr., D., L. 49, t. 17.

(3) L. 6, D., L. 49, t. 17.

filis pourra ou non s'en servir à l'armée. Dans le premier cas les droits de patronage tomberont dans le pécule *castrense*, car sans cette destination des affranchis, il n'y aurait aucun rapport d'établi avec le service militaire.

Nous croyons que ce n'est pas cette différence qu'a voulu faire Ulpien pour l'acquisition par le pécule *castrense* des droits de patronage, car nous voyons, dans la loi 23, § 2, L. 40, t. 5, qu'un esclave donné au filis de famille à son départ pour l'armée et emmené par lui aux camps, ainsi que le dit la loi 4, tombe dans le pécule *castrense* sans aucune condition. Nous croyons qu'Ulpien, en supposant que la donation a eu pour but de procurer au filis de famille des affranchis propres au service, entend indiquer que le filis doit emmener en réalité ces esclaves à l'armée.

Reste une dernière question : la donation faite au filis de famille à son départ pour l'armée, doit-elle avoir lieu à la première entrée au service, ou bien suffit-il qu'au moment où il la reçoit, il soit sur le point d'entreprendre une campagne et par suite de se rendre aux camps; en supposant d'ailleurs qu'il est déjà depuis longtemps soldat, et que cette campagne n'est pas la première qu'il fait.

Plusieurs auteurs se prononcent pour cette seconde interprétation. Nous croyons cependant que la première est la meilleure. En voici les raisons : les expressions employées par les textes, *iens in militiam*, *ad castra* ou *in castra*, *proficiscens ad militiam*, font naître dans l'esprit l'idée d'une première entrée au service. Dans la loi 6, D., L. 49, t. 17, l'expression *filiusfamilias ad castra iens* est nettement opposée

à *filii familias miles*. L'empereur Alexandre, dans la loi 3, C., L. 9, t. 49, désigne le pécule *castrense* : *quod in castris acquisivit, vel quod ei militaturo donasti*.

Nous pouvons maintenant dire que le second élément du pécule *castrense* comprend tous les objets mobiliers qui sont donnés par n'importe quelle personne au fils de famille, à sa première entrée au service militaire, et qu'il emporte à l'armée.

SECTION III.

Le pécule *castrense* profite de toutes les acquisitions opérées au moyen des choses qui le composent. Il est considéré comme une *universitas*, c'est-à-dire un ensemble de biens qui est un, et susceptible d'accroissement ou diminution. C'est ce que prouvent les textes ⁽¹⁾.

Le pécule *castrense* s'accroît :

1° De tous les fruits et autres produits, tant accessoires que principaux, du pécule *castrense*. Par l'effet de la consolidation, par exemple, si nous supposons que le fils ait dans son pécule *castrense* la nue-propriété d'une chose dont l'usufruit appartient à un tiers, fût-ce même le père, et que cet usufruit vienne à s'éteindre; le pécule en bénéficiera, et le fils de famille deviendra plein propriétaire. De même les produits de l'*actio furti*, intentée par le fils à raison d'objets détournés du pécule *castrense*, tombent dans ce dernier.

2° Des acquisitions faites par les esclaves du pécule, soit

(1) L. 20, § 40, D., L. 5, t. 3.

par succession, soit par actes entre-vifs, sans avoir à distinguer si elles ont été faites en considération du pécule ou pour toute autre cause. En effet, l'esclave du pécule appartenant uniquement au fils, acquiert exclusivement pour ce dernier. Par contre l'action noxale intentée à raison de délits commis par l'esclave incombe au fils et non au *pater*.

3° Des acquisitions faites par le fils de famille lui-même. Mais pour ces dernières, à la différence de celles des esclaves du pécule, il faut distinguer suivant qu'elles ont été faites *ex causa peculii* ou non; le fils, en effet, joue deux rôles en même temps, celui de *paterfamilias* vis-à-vis de son pécule, et celui de fils de famille pour tout ce qui est étranger au pécule. De là il résulte que les acquisitions faites par lui *ex causa peculii* profitent au pécule, tandis que celles qu'il fait *ex causa paganica* appartiennent au *paterfamilias* : « Si
« stipulanti filio spondeat, si quidem ex causa peculii cas-
« trens tenebit stipulatio; cæterum ex qualibet alia causa
« non tenebit ⁽¹⁾. »

Cette distinction est surtout importante en cas de stipulation intervenue entre le père et le fils de famille. Si cette stipulation est contractée en vue du pécule, elle est pourvue d'une action civile qui en assure l'exécution.

Dans les acquisitions faites par le fils de famille *ex causa peculii*, on peut faire rentrer l'argent provenant de la vente d'objets du pécule, ou même les choses achetées avec l'argent du pécule *castrense*, pourvu que cet achat soit un acte d'administration du pécule.

(1) L. 15, § 1, D., L. 49, t. 17.

Qu'en est-il quand un homme *sui juris*, soldat ou vétéran, se donne en adrogation? La question se pose de savoir si les biens qu'il a acquis pendant le service militaire passent à l'adrogeant, comme le reste de sa fortune, ou bien s'ils forment pour lui un pécule *castrense* personnel?

La seconde solution doit être admise. Elle résulte d'un texte de Tertullien : « Si paterfamilias militiæ tempore vel
« post missionem adrogandum se præbuerit, videndum erit,
« ne huic quoque permissa intelligatur earum rerum adm-
« nistratio, quas ante adrogationem in castris acquisierit,
« quamvis constitutiones principales de his loquantur, qui
« ab initio, quum essent filiifamilias, militaverint; quod
« admittendum est ⁽¹⁾. » Nous avons aussi un pécule *cas-
trense* constitué, pour ainsi dire, rétroactivement.

Tertullien, dans ce texte, ne parle que des acquisitions faites *in castris* par l'adrogé, ce qui donne à penser que le jurisconsulte ne traitait pas de même les donations faites au fils à son départ pour l'armée. Nous avons donné la raison de cette différence en définissant le pécule *castrense*. Les motifs exposés alors n'ont plus de valeur sous Justinien, ou le second élément du pécule, considéré comme anormal par Tertullien, est équivalent en droit au premier sous cet empereur. A cette époque, on employait souvent l'expression *quod in castris acquisiit* pour désigner le pécule *castrense* en entier; c'est le sens que nous devons lui donner dans le texte de Tertullien.

(1) L. 4, § 2, D., L. 49, t. 17.

CHAPITRE III.

CONDITION JURIDIQUE DU PÉCULE CASTRENSE.

Quelle est la situation du fils vis-à-vis du pécule *castrense*, quels sont ses droits sur cette fortune? Voilà les questions que nous avons à résoudre.

D'après certains auteurs, le pécule *castrense* aurait été considéré dès le début comme une fortune personnelle du fils de famille, vis-à-vis de laquelle il se trouvait dans la situation d'un véritable *paterfamilias*. Il ne restait de l'ancien droit, que la dévolution du pécule au père, *jure peculii*, quand le fils était mort sans laisser de testament.

Nous savons que la faculté de disposer du pécule par testament, avait été accordée au fils de famille, par les empereurs Auguste, Nerva et Trajan, mais cette faveur n'impliquait point que le pécule fût susceptible de dévolution *ab intestat*.

Cette théorie est inacceptable. Ce serait contraire à l'esprit des Romains qui d'ordinaire ne procédaient point brusquement dans leurs innovations; eux surtout qui avaient refusé au fils de famille, le droit d'avoir une fortune propre, n'au-

raient pas tout d'un coup considéré le pécule *castrense* comme appartenant en propre au fils, et constituant à son profit un véritable patrimoine. Le droit de tester, accordé au fils, ne pouvait entraîner tant de droits avec lui. *

En dehors de ces raisons théoriques, il en existe d'autres, qui nous confirment dans notre opinion.

Nous savons que c'est Adrien qui étendit aux vétérans la faculté de tester; avant lui elle n'appartenait au fils que durant son service militaire; le fils n'était donc point dans la situation d'un *pater*, car la faculté de disposer par testament était passagère; l'on ne peut en conclure que le fils était propriétaire du pécule.

De même jusqu'à Adrien le fils ne pouvait affranchir, les esclaves du pécule *castrense*, qu'avec le consentement du père, comme s'il s'était agi d'un pécule ordinaire; cela résulte de la loi 19, § 3, D., L. 49, t. 17. — Le fils ayant affranchi les esclaves du pécule, avec le consentement du père, il n'en devenait pas patron, jusqu'à la constitution d'Adrien,

En outre un texte (L. 15, D., L. 39, t. 6) démontre que le fils ne pouvait pas faire des donations *mortis causâ* au temps de Paul et de Marcellus, et que ce fut un rescrit qui lui en octroya le droit.

Enfin Mæcien⁽¹⁾ accorde d'une façon très nette la propriété du pécule *castrense* au père. Il compare, dans ce passage, le droit du père de famille sur le pécule *castrense*, à celui d'un prodigue interdit sur sa fortune.

(1) L. 18, § 2, D., L. 49, t. 17.

SECTION I.

Théorie primitive du pécule castrense.

Quelle est donc la théorie juridique primitive du pécule *castrense*? Il faut, sans hésiter, poser comme principe qu'à l'origine, c'est le père qui est le propriétaire du pécule *castrense*. Le fils en a l'administration et la jouissance, avec la faculté d'en disposer par testament. Avant que cette dernière faculté fût accordée au fils, les acquisitions qu'il avait faites au service avaient certainement le caractère et la nature juridique d'un pécule ordinaire, dont il a l'administration tant qu'il était au service. Avec la faculté de tester accordée au fils, le caractère juridique du pécule *castrense* ne se transforma pas brusquement, car ce privilège, au début, n'entraînait pas d'autres après lui. Le fils avait dès lors un pécule qu'il pouvait administrer, mais dont le *pater* était propriétaire, et qui prenait de plus en plus une situation indépendante. Le *pater*, comme disent les textes, était vis-à-vis du pécule dans la situation d'un prodigue interdit vis-à-vis de sa fortune.

Le père pouvait accomplir certains actes sur le pécule : ceux qui ne l'amoindrissaient pas et ne nuisaient pas au fils. Les actes du père qui nuisaient nécessairement au fils, comme les aliénations devant recevoir effet immédiat, étaient nuls, tandis que les actes profitables étaient toujours valables, tels, la libération d'un immeuble du pécule *castrense*

d'une servitude passive ou l'acquisition d'une servitude active; tous actes que le père pouvait accomplir, puisqu'il était propriétaire. Dans ces deux exemples, l'analogie entre la situation du père et celle du prodigue interdit est complète. Il n'en est pas de même lorsqu'il s'agit d'actes dont l'effet n'est pas immédiat, de sorte que l'on ne sait s'ils nuiront au fils : les aliénations à terme, les actes de dernière volonté. Le prodigue interdit ne peut les accomplir, car sa liberté d'action est limitée; le père, au contraire, peut les accomplir, car sa liberté n'est pas restreinte, mais ils ne vaudront que s'ils ne nuisent pas au fils ⁽¹⁾. Si, par exemple, le père a aliéné un bien du pécule, pour savoir si l'aliénation est valable, on ne tient compte que du moment où l'exécution devra avoir lieu; si, à ce moment, la situation privilégiée du fils dure encore, ou si un tiers a hérité du pécule *castrense*, l'aliénation portant préjudice au fils ou à ses successeurs est considérée comme nulle; au contraire, si, au moment de l'exécution, le pécule *castrense*, perdant son caractère propre, s'est transformé en pécule ordinaire ou si le père l'a recueilli en vertu du testament du fils, l'acte est dans ce cas valable.

Le *pater* ne pouvait non plus intenter l'action *communi dividundo*, pour une partie du pécule, car cette action entraînait une aliénation.

Quant aux legs *per vindicationem* et aux affranchissements testamentaires des esclaves du pécule, la même dis-

(1) L. 48, § 1, D., L. 49, l. 17.

tion que nous venons de faire plus haut est nécessaire pour la question de leur validité.

Un autre acte que peut accomplir le père, c'est l'institution d'esclaves du pécule *castrense*. Cet acte est à terme, mais il se distingue des autres, en ce que son effet ne peut être considéré comme une aliénation; il était valable même lorsque le père mourait du vivant du fils qui avait conservé son pécule. L'esclave devenait héritier nécessaire du *pater*, et le fils le devenait à son tour par son intermédiaire. C'est ce qui ressort du texte de Mæcian : « *ex castrensi peculio servus a patre heres institui potest et filium necessarium heredem patri facit* ⁽¹⁾. » Ce passage prouve que le jurisconsulte considère le *paterfamilias* comme propriétaire du pécule *castrense*, car pour que le fils puisse devenir héritier nécessaire par l'intermédiaire de l'esclave, il faut que ce dernier le soit lui-même, et un esclave du testateur seul, peut le devenir.

Arrivons maintenant aux actes que peut accomplir le fils de famille à l'égard du pécule *castrense*.

Quoique primitivement le *pater* soit propriétaire du pécule *castrense*, nous avons dit que l'administration en appartient au fils, et à lui seul. Il peut vendre les objets du pécule, ou les échanger contre d'autres; obliger le pécule, pour obligations contractées *ex causâ peculii castrensis*; seul il peut intenter des actions au nom du pécule, de même que seul il en est passible, le *pater* n'en est pas responsable.

(1) L. 18 pr., D., L. 49, t. 17.

Il en est autrement lorsqu'il s'agit d'actes, qui ne sont plus des actes d'administration, mais de disposition, comme les donations ou les affranchissements. Pour ces actes, le fils se trouve dans la même situation que pour un pécule ordinaire, il a besoin, pour les accomplir, de l'autorisation paternelle, et c'est le père qui devient le patron des affranchis.

Le fils, en dehors de son droit d'administration et de jouissance, avait aussi la faculté de disposer par testament, de son pécule *castrense*. Par suite, il pouvait le soustraire à son *pater*, en instituant un ou plusieurs héritiers. Il pouvait de même faire, dans son testament, différentes dispositions, les mêmes qu'eût pu faire un *paterfamilias*, en tenant cependant compte de son état de personne en puissance : ainsi il ne pouvait nommer un tuteur à ses enfants, car il n'avait point la *patria potestas*, ni faire une substitution pupillaire.

Le père étant propriétaire du pécule *castrense*, le fils ne pouvait affranchir par testament les esclaves qui y étaient compris, comme l'exprime un texte, qui nous apprend que ce droit ne fut accordé au fils que par Adrien ⁽¹⁾.

Pour le même motif, il ne pouvait faire un legs *per vindicationem* d'un objet du pécule. Cette dernière prohibition n'avait point une grande importance, non seulement à cause du sénatus-consulte Néronien, mais surtout parce que les testaments militaires étaient dispensés des formes et expres-

(1) L. 19, § 3, D., L. 49, t. 17.

sions sacramentelles; or, jusqu'à Adrien, le testament, contenant disposition d'un pécule *castrense*, était toujours fait par un militaire, cet empereur ayant le premier étendu aux vétérans, la faculté de tester *de peculio*.

L'héritier institué par un fils dans un testament valable, recueillera le pécule *castrense* comme *hereditus* et suivant les règles applicables aux hérédités. C'était une conséquence de la faculté de tester accordée au fils, et tous les jurisconsultes étaient d'accord pour l'admettre; l'acceptation de l'héritier en faisait une hérédité.

Si le fils avait institué son père, celui-ci avait le choix entre la répudiation et l'acceptation. Dans le premier cas, il recueillait le pécule *jure peculii*, dans le second, d'après les règles des successions.

Dans le cas où le fils mourrait sans laisser de testament, ou quand l'institué ne se présentait pas, le pécule *castrense* redevenait un pécule ordinaire et restait au *pater*, tout motif de le traiter comme pécule *castrense* ayant disparu. Le pécule *castrense* prenait aussi le caractère d'un pécule ordinaire, lorsque le fils était congédié honteusement de l'armée. Il perdait par là tous les privilèges qui étaient attachés à sa qualité de soldat.

Si le fils était honorablement libéré, gardait-il l'administration de son pécule *castrense*, au moins tout le temps que le testament qu'il avait fait pendant son service restait efficace, c'est-à-dire un an après le congé? En présence du silence des textes, il est difficile de répondre à cette question.

Il nous reste, pour finir avec cette première période de l'évolution juridique du pécule *castrense*, à considérer le cas où le fils, pendant qu'il est encore au service militaire, devient *sui juris*, soit par la mort du *paterfamilias*, soit par son émancipation.

En cas de mort de son père, le fils de famille soldat ne recueillait pas le pécule *castrense*, comme un pécule ordinaire; il le gardait exclusivement pour lui; cela fut admis dès l'origine⁽¹⁾. Lui seul acquérait, à la mort du père, la pleine propriété du pécule *castrense*. Le fils ayant déjà comme *alieni juris*, la faculté de tester *de peculio*, ne peut la perdre en devenant *sui juris*; mais pour qu'il la conserve, il faut que le pécule lui reste comme fortune propre, puisqu'il ne peut être question de pécule pour un *sui juris*.

Le fils, dans le cas où il succédait au *pater*, avec ses frères et sœurs, devait-il rapporter le pécule *castrense*?

Il ressort des textes que le fils le gardait par préciput. Ulpien dans la loi L. 1, § 15, D., L. 37, t. 6, fonde l'exemption de rapport sur des constitutions impériales, comme tous les autres textes qui en parlent. On pourrait peut-être en conclure qu'à l'origine, le rapport était exigé du fils. Un texte, la loi 54, D., L. 36, t. 1, porte à croire que c'est Marc-Aurèle, qui accorda le premier cette faveur pour le fils.

(1) Accarias : *op. cit.*, t. II, p. 728.

SECTION II.

Innovations d'Adrien.

Adrien introduisit, dans l'institution du pécule *castrense*, des innovations essentielles, toutes en faveur du fils de famille.

Ces innovations sont contenues dans trois constitutions impériales, ordonnées à des dates différentes.

1° La première étendit aux vétérans le droit de disposer par testament de leur pécule *castrense*, pourvu toutefois qu'ils eussent été licenciés honorablement de l'armée. Dès lors, les privilèges attachés au pécule *castrense*, étaient acquis au fils de famille pour toute sa vie, à moins qu'il ne les perdît par sa mauvaise conduite. Ces privilèges, en cessant d'être des faveurs temporaires, cessèrent aussi d'être attachés au service militaire; les règles exceptionnelles continuèrent à régir le pécule *castrense* acquis au service, même après que le fils de famille avait quitté l'armée. Aussi Adrien étendit-il les droits du fils sur son pécule *castrense*.

2° Dans une seconde ordonnance, Adrien décida que le fils de famille pourrait affranchir les esclaves, compris dans le pécule *castrense*, sans avoir besoin du consentement du *pater* ⁽¹⁾.

Mais alors, lequel des deux devenait patron des affranchis? Nous avons vu que lorsque le fils affranchissait un

(1) L. 19, § 3, D., L. 49, t. 17.

esclave compris dans son pécule avec le consentement du père, c'était ce dernier qui en devenait patron. Adrien n'a-t-il rien changé à cet état de choses? Il se peut que l'empereur n'ait innové qu'en ce qui concerne le droit d'affranchir, et qu'il ait substitué sa volonté, une fois pour toutes, au consentement du *pater*, qui était exigé avant. L'opinion contraire conduirait à un résultat peu acceptable, en accordant au fils un droit propre de patron, contrairement au principe qu'on ne peut être patron que des affranchis dont on était propriétaire lorsqu'ils étaient esclaves; or, il ne faut pas l'oublier, à l'époque où a été rendue la constitution d'Adrien, le *pater* seul était propriétaire du pécule *castrense*.

Mais alors, cette innovation ne procurait au fils aucun avantage?

On peut répondre, en distinguant les avantages pécuniaires résultant de la qualité de patron, de cette qualité elle-même. Il se peut que l'empereur ait voulu faire bénéficier de ces avantages le fils de famille. Le véritable patron était le père, mais les droits de patronage faisaient partie du pécule *castrense*, dont le fils avait pendant sa vie le profit. C'est ce que dit Julien, dans le texte suivant : « Si
« *filiusfamilias miles manumittat, secundum Juliani quidem*
« *sententiam, quam libro XXVII Digestorum probat, pa-*
« *tris libertum faciet, sed quamdiu inquit, vivit, præfertur*
« *filius in bona eius patri* ⁽¹⁾. » Ce texte de Julien fait partie

(1) L. 22, D., L. 38, t. 2.

de son *Corpus*, qu'il composa entre la seconde et la troisième ordonnance d'Adrien.

3^e Dans un rescrit, adressé à Flavius Aper, Adrien décide qu'en cas d'affranchissement d'un esclave du pécule *castrense*, par le fils de famille, c'est ce dernier qui en devient le patron, et non le *paterfamilias* : « Sed Divus Hadrianus « Flavio Apro rescripsit, suum libertum facere, non patris, » et Modestin dans un autre texte le répète : « Seruum a filiofamilias milite manumissum; Divus Hadrianus « rescripsit, militem libertum suum facere, non patris ⁽¹⁾. »

Telles sont les innovations accomplies par Adrien; quelle fut leur influence sur l'institution du pécule *castrense*, ou plutôt quelle influence les jurisconsultes romains leur ont-ils attribuée?

Les jurisconsultes étaient divisés. Les uns considéraient les rescrits de l'empereur Adrien, ou du moins les deux derniers, comme des décisions purement arbitraires, n'ayant pu changer en rien les règles du pécule *castrense*. Ce dernier devait toujours être considéré, comme la propriété du *paterfamilias*, comme une partie de sa fortune dont le fils n'avait que l'administration et la jouissance, avec le droit d'en disposer par testament. L'empereur, disent les partisans de ce système, n'aurait fait qu'accorder, au fils de famille, le droit de disposer par testament de son pécule *castrense* pendant toute sa vie, en lui octroyant en outre, le droit d'affranchir les esclaves du pécule et d'en devenir le patron. Ce système

(1) L. 8, D., L. 37, t. 14.

a été défendu par : Mæcien qui, dans la loi 18, D., L. 49, t. 17, conserve l'ancienne manière de voir; par Marcellus qui, dans ses notes au Digeste de Julien la consacre également, et ne rompit avec elle que dans son Digeste ultérieur ⁽¹⁾; par Tertullien enfin ⁽²⁾, comme on peut s'en convaincre par la lecture de la loi citée.

La nouvelle théorie n'est soutenue que par les derniers jurisconsultes de l'époque classique, Paul, Papinien, Ulpien, qui prenant pour point de départ les deux derniers rescrits d'Adrien, arrivaient à reconnaître au fils de famille, un droit de propriété sur le pécule *castrense*. Voici leur façon de raisonner. Adrien, disent-ils, avait accordé au fils de famille le droit d'affranchir les esclaves du pécule sans restriction; il pouvait recourir aux modes d'affranchissement entre-vifs, comme aux modes testamentaires directs. Or, pour que ces derniers modes fussent valablement employés, il fallait que le testateur eût la propriété quiritaire de l'esclave au moment de la rédaction du testament et à sa mort. En outre, le fils de famille, suivant le troisième rescrit d'Adrien, devenait patron de l'affranchi; or celui-là seul pouvait être patron qui avait été propriétaire de l'esclave. Ainsi donc, les dispositions des rescrits d'Adrien, supposaient chez le fils la propriété des esclaves affranchis, partant la propriété du pécule *castrense*; car pourquoi aurait-on limité le droit de propriété du fils de famille aux esclaves compris dans le pécule? Il n'y

(1) L. 20, § 2, D., L. 28, t. 1.

(2) L. 4, D., L. 49, t. 17.

avait pas de bonne raison. Le fils devait donc être déclaré propriétaire de tous les objets compris dans le pécule *castrense*. Ainsi les juristes arrivaient à accorder au fils un droit propre sur le pécule, à l'égard duquel il était dans la situation d'un *paterfamilias*. La volonté d'Adrien de transformer l'ancienne théorie, se manifeste dans un de ses rescrits, relatif à l'hypothèse où un fils de famille soldat était institué par sa femme, rescrit rapporté par Papinien dans les lois 13 et 16 du titre *De castrensi peculio*.

La nouvelle théorie admise, l'institution du pécule *castrense* se trouvait radicalement transformée. Toutes les conséquences de la théorie ancienne, qui ne cadraient plus avec la conception nouvelle du pécule *castrense* devaient être rejetées. On hésitait, cependant, à affranchir le pécule *castrense* de toutes les règles anciennes. On ne voulut pas sacrifier absolument le père, et toutes les fois que ses droits ne se trouvaient pas en contradiction avec ceux du fils, on les laissa subsister. Ainsi, quand le fils mourait sans testament valable, il eût été désavantageux, pour le *pater*, d'appliquer les règles ordinaires des successions *ab intestat*, au lieu des règles du pécule, car le père pouvait ne pas être le seul et premier héritier *ab intestat*. La loi 17 pr., D., L. 49, t. 17, nous révèle l'avantage que procurait au père l'application des règles du pécule plutôt que celle des successions. Quant au fils, il était indifférent qu'on appliquât les unes ou les autres. Une logique rigoureuse n'aurait pas permis l'application des anciennes règles, mais on la fit céder devant les considérations pratiques; on mit ainsi d'ac-

cord les partisans de l'ancienne théorie et ceux de la nouvelle.

On ne s'en tint pas là; on admit, qu'au cas où le pécule *castrense* revenait au *pater* d'après les règles du pécule, il fallait considérer comme valables, ainsi que le faisait le droit antérieur, les legs *per vindicationem* d'objets ou les affranchissements directs d'esclaves compris dans le pécule, qu'avait pu faire le père dans son testament du vivant du fils. Lorsque des dispositions de ce genre avaient eu lieu, et que le père succédait au fils comme héritier institué, le fils ne subissait pas non plus aucun préjudice; voilà pourquoi on admit, dans ce cas aussi, la validité de ces dispositions que le droit antérieur permettait.

Toutes ces concessions faites à l'ancien droit peuvent se résumer dans la règle suivante : dans le cas où le fils n'a pas soustrait le pécule *castrense* à son *parterfamilias*, soit parce qu'il est mort sans laisser de testament valable, soit parce qu'il a institué son père lui-même, on doit appliquer à ce dernier l'ancien droit, plus favorable au père, c'est-à-dire le droit en vigueur avant les innovations d'Adrien.

Nous avons montré les applications de cette idée; les conséquences qui en découlaient, soulevaient une objection de principe : pour être valables, un legs *per vindicationem* ou un affranchissement testamentaire supposent, que le testateur avait la propriété au moment de la rédaction du testament, et au moment de sa mort. Or, d'après la nouvelle théorie du pécule *castrense*, le fils en est considéré comme propriétaire. Comment pouvait-on dès lors valider un legs

per vindicationem ou un affranchissement testamentaire faits par le père qui n'était plus propriétaire ?

Le jurisconsulte Tryphoninus constate cette difficulté. Pour la tourner on avait recours à une fiction analogue à celle du *postliminium*. On donnait au père, recueillant le pécule *castrense* à la mort du fils, un droit rétroactif de propriété sur le pécule du vivant du fils. C'est ce que dit le texte de Tryphoninus : « Sed in superiore casu pro libertate a patre data
« illa dici possunt, numquid, quoad utatur jure concessio
« filius in castrensi peculio, eousque jus patris cessaverit,
« quod si intestatus decesserit filius, postliminii cujusdam si
« militudine pater antiquo jure habeat peculium, retroque
« videatur habuisse rerum dominia ⁽¹⁾. »

Dans le cas où ces dispositions avaient été prises par un *pater* qui recueillait le pécule *castrense* comme héritier institué du fils, il fallait encore recourir à cette fiction de la rétroactivité des droits du père. La preuve en est dans un texte de Paul, dans lequel le jurisconsulte se demande si l'affranchissement testamentaire, fait par un *pater* héritier institué de son fils, était valable ⁽²⁾ ? Comment valider cet affranchissement, puisque le père n'avait pas la propriété de l'esclave, au moment de la rédaction du testament ? Paul déclare néanmoins l'affranchissement valable, et il justifie sa décision en disant que l'esclave était censé avoir été, dès le début, la propriété du *pater*.

A la fin de l'époque classique, la nouvelle théorie du pé-

(1) L. 19, § 3, D., L. 49, t. 17.

(2) L. 20, D., L. 49, t. 17.

cule *castrense* finit par triompher exclusivement, après avoir quelque temps existé concurremment avec l'ancienne. Les innovations d'Adrien rendaient son triomphe nécessaire. Ceux qui persistaient dans l'ancienne conception ne pouvaient rendre compte des nouveaux droits accordés au fils, faute de lui reconnaître la propriété du pécule. La nouvelle théorie, qui expliquait les droits réservés au père par une idée analogue à celle du *postliminium*, était plus facile à défendre, aussi gagna-t-elle chaque jour du terrain. De plus, les empereurs, par des rescrits ultérieurs, qui accordaient de nouveaux droits au fils, droits qui, tous, supposaient chez lui la propriété du pécule, finirent par habituer les esprits à l'idée qu'un fils pût posséder une fortune propre. L'un de ces rescrits, cité par Paul, permettait au fils de faire seul donation de biens compris dans le pécule *castrense* ⁽¹⁾; un autre, cité par Ulpien, autorisait le fils, à la mort de son père, à garder le pécule par préciput ⁽²⁾.

D'ailleurs, les deux théories ne conduisaient pas à des conséquences pratiques très différentes. Que le fils mourût en laissant un testament valable, ou bien qu'il mourût avant son *pater*, sans avoir institué d'héritier, les résultats étaient les mêmes. Dans les deux théories, les actes accomplis par le père sur le pécule *castrense*, et susceptibles de préjudicier au fils, sont nuls s'ils doivent avoir un effet immédiat; tandis que ceux qui ne doivent avoir d'effet, qu'après que le pécule *castrense* sera échu au *pater*, sont valables dans les

(1) L. 45, D., L. 39, t. 6.

(2) L. 4, § 43, D., L. 37, t. 6.

deux cas. Les droits, d'affranchir les esclaves et d'en devenir patron, ne pouvaient d'ailleurs être contestés au fils, même par ceux qui étaient partisans de l'ancienne théorie, pas plus que celui de faire des donations, puisqu'ils résultaient de rescrits impériaux. On s'explique donc en fait, que les deux théories que nous avons exposées, aient pu coexister, et aussi qu'on ait pu passer, peu à peu, de l'une à l'autre. Rationnellement elles étaient inconciliables; la formation de la théorie nouvelle est le point de départ de la transformation du pécule *castrense*. Le principe fondamental de cette institution était changé. Le fils voyait se substituer un droit de propriété au simple droit d'administration, qu'il possédait auparavant. Dès lors tous les privilèges du fils, tels que le droit d'administrer le pécule *castrense* et d'en disposer par testament, qui, dans l'ancien droit étaient considérés comme de pures singularités, n'étaient plus que des conséquences logiques de son droit de propriété. Par contre ce qui jadis était tout naturel, comme l'attribution au père du pécule de son fils mort *intestat*, devint anormal et presque inexplicable. Aussi celles des règles anciennes, que l'on avait maintenues en faveur du *pater*, et par respect pour la vieille théorie, finirent par sembler singulières, et durent disparaître. La Nouvelle 118 de Justinien les supprima.

Par suite de cette modification apportée à l'institution du pécule *castrense*, il ne reste rien de l'ancien principe, qui défendait à une personne *alieni juris*, d'avoir quelque chose en propre. L'idée qu'un fils pût avoir une fortune

propre, finit par paraître si naturelle et si légitime, qu'elle conduisit à la constitution d'autres pécules, qui permirent de réserver au fils le bénéfice d'acquisitions autres que celles qu'il faisait au service militaire. Nous voulons parler du pécule *quasi-castrense* et des biens adventices.

SECTION III.

Le pécule castrense à la fin de l'époque classique.

Nous distinguerons successivement quatre hypothèses :

- 1° La puissance paternelle dure encore.
- 2° La puissance paternelle tombe du vivant du fils.
- 3° Le fils en puissance est mort avec un testament valable.
- 4° Le fils en puissance est mort sans testament valable.

§ I.

Le pécule castrense pendant la durée de la puissance paternelle.

A l'époque qui nous occupe, c'est-à-dire à la fin de l'époque classique, et dans le cas où la puissance paternelle dure encore, nous pouvons poser comme principe la règle suivante : le pécule *castrense* est une fortune propre du fils, indépendante de celle du père; et vis-à-vis de laquelle le fils est dans la situation d'un *paterfamilias*. Tant que le fils vit, et n'a pas perdu, par sa mauvaise conduite, sa position

privilégiée, le père n'a sur elle aucun droit. Le pécule *castrense* n'est plus la propriété du père, c'est le patrimoine propre et exclusif du fils de famille. Nous en trouvons la preuve dans différents textes de cette époque ⁽¹⁾. Les uns désignent le pécule *castrense* sous le nom de *bona* du fils ⁽²⁾ ou de *proprium patrimonium*. D'autres montrent que ce qui tombe dans le pécule *castrense* n'est pas acquis au père ⁽³⁾. Souvent aussi le fils de famille est désigné dans des textes comme propriétaire du pécule *castrense* ⁽⁴⁾. Ces différents textes établissent l'exactitude de la règle que nous avons formulée.

Du principe que le pécule *castrense* est une fortune propre du fils de famille, vis-à-vis de laquelle il peut se comporter comme un *paterfamilias*, résultent des conséquences nombreuses que nous allons examiner.

Le fils de famille peut, à son gré, aliéner les objets compris dans le pécule, ou les échanger. Il peut en faire des donations entre-vifs ou *mortis causâ*, susceptibles d'être adressées à n'importe quelle personne ⁽⁵⁾, même à la femme du père. L'affranchissement des esclaves du pécule et l'acquisition des droits de patronage, de même lui sont permis sans aucune autorisation. Toutes acquisitions faites par les esclaves du pécule, profitent au fils de famille, fussent-elles

(1) L. 2, D., L. 14, t. 6; L. 15, D., § 3, L. 49, t. 17; L. 18, D., L. 35, t. 2; Puchta : *Vorlesungen*, § 433; Keller : *op. cit.*, § 473.

(2) L. 3, C., L. 12, t. 37; L. 2, D., L. 49, t. 17.

(3) L. 4, C., L. 12, t. 37.

(4) L. 15, § 4, D., L. 49, t. 17.

(5) L. 3, § 4, D., L. 24, t. 1; L. 7, § 6, D., L. 39, t. 5.

gratuites ou obtenues par des stipulations, *ex causa peculii castrensis* ou non. C'est ce qu'établissent les textes suivants : « Sed si servus peculii castrensis a quocumque sit heres scriptus, jussu militis adire debet hereditatem, eaque fiet honorum castrensis peculii; » et le second : « Servus peculii, quod ad filium spectat, ab extero si stipuletur aut per traditionem accipiat, sine distinctione causarum res ad filium pertinebit⁽¹⁾. »

Les biens, qui composent le pécule *castrense*, appartiennent au fils seul, et si le père a, sur un objet du pécule, un droit d'usufruit, par exemple, qui vienne à s'étendre, il y a consolidation au profit du fils de la pleine propriété. Dans le cas où le fils usucape des biens qui tombent dans le pécule *castrense*, c'est sa bonne foi qu'il faut considérer, et non celle du *paterfamilias*. Lui seul peut intenter une revendication d'objets compris dans le pécule, ainsi que toutes autres actions, ayant pris naissance à l'occasion du pécule. Il peut les intenter, même contre la volonté du père : « actionem persecutionemque castrensium rerum semper filius, etiam invito patre, habet⁽²⁾. » Le père ne peut, dans l'exercice de ces actions, que représenter le fils et cela dans les mêmes conditions que tout autre représentant⁽³⁾. La restitution, provenant d'une *restitutio in integrum* concernant le pécule *castrense*, profite au fils de famille seul.

Si le fils est institué héritier, *ex causa castrensis*, il fait

(1) L. 49, § 4, D., L. 49, t. 47; L. 45, § 3, D., L. 49, t. 47.

(2) L. 4, § 4, D., L. 49, t. 47.

(3) L. 48, § 5, D., L. 49, t. 47.

valablement adition sans ordre de son père, à la différence de ce qui se passe pour une personne en puissance, de même qu'il en bénéficie seul. Une mère, en puissance de mari, ne pouvait en principe faire une donation à son fils, car le fils acquérant pour le père, on aurait contrevenu à la prohibition des donations entre époux. L'existence du pécule rendait possibles ces donations qui profitaient au fils.

Les actions intentées contre le pécule, sont dirigées contre le fils, le *paterfamilias* n'en est pas tenu ⁽¹⁾; s'il prend sur lui d'y répondre, il ne peut le faire qu'en qualité de représentant du fils, et aux conditions exigées par ce titre. C'est ce qui ressort d'un texte que nous avons cité plus haut. Le fils, au contraire, est obligé de subir toutes actions intentées contre lui, même celles qui ne se rapportent pas au pécule *castrense* : « Si castrense peculium maritus habeat, in quantum facere potest, condemnabitur, quia etiam non castrensibus creditoribus ex eo peculio magis est eum cogi respondere ⁽²⁾. » La raison pour laquelle le fils doit répondre sur son pécule *castrense*, même des dettes et obligations contractées « *non ex causâ peculii*, » c'est que malgré son état de personne en puissance, il était capable de les contracter et pouvait être poursuivi par ses créanciers; leur poursuite, à la vérité, était le plus souvent inefficace, faute que le fils eût des biens; mais le pécule *castrense* lui fournissait de quoi désintéresser ses créanciers, quels qu'ils fussent, sans qu'il y eût de motif d'écarter ceux dont la

(1) L. 18, § 4, D., L. 49, t. 17.

(2) L. 7, D., L. 49, t. 17.

créance n'était pas relative au pécule. Peu importait aussi, que la dette fût antérieure ou postérieure à l'entrée du fils au service militaire, le créancier pouvait le poursuivre sur son pécule *castrense* pour se faire payer, même si sa dette était antérieure et que le fils soit devenu *sui juris* après avoir contracté l'obligation ⁽¹⁾.

En cas de faillite du fils de famille, les créanciers du pécule *castrense*, et les autres créanciers du fils, ont en général les mêmes droits. Cependant, d'après un texte d'Ulpien, les créanciers antérieurs à l'entrée au service, passent après les autres quels qu'ils soient ⁽²⁾. Cette décision d'Ulpien fut sans doute dictée par la considération que celui qui faisait crédit au fils avant son entrée au service, n'espérait pas être payé sur la fortune personnelle du fils pendant la durée de la puissance paternelle, tandis que les créanciers postérieurs avaient pu compter sur le pécule *castrense*; il était juste de les laisser passer les premiers. Dans le même texte, il est dit que les créanciers qui ont une action *de in rem verso* contre le *paterfamilias*, doivent s'en tenir à cette dernière et ne rien prétendre sur le pécule *castrense*.

Une autre conséquence, du principe que nous avons posé et en vertu duquel le fils de famille est considéré comme propriétaire du pécule *castrense*, c'est que le sénatus-consulte Macédonien ne s'applique pas aux emprunts que le fils contracte. Le fils est vis-à-vis du pécule, dans la situation

(1) L. 17, § 2, D., L. 50, t. 1.

(2) L. 1, § 9, D., L. 42, t. 6.

d'un *paterfamilias*, et les emprunts qu'il fait sont valables jusqu'à concurrence de cette fortune. C'est ce qui ressort des textes d'Ulpien : « Nisi forte castrense peculium habeat; » « tunc enim senatus-consultum cessabit usque ad quantita- » « tem castrensis peculii, quum filiifamilias in castrensi » « peculio vice patrum familiarum fungantur ⁽¹⁾. »

Cette exception à la règle générale, n'est que la conséquence logique de ce que le fils, à l'égard du pécule, est comme un *pater*, qu'il en est propriétaire. La question se pose de savoir, si un emprunt contracté par le fils de famille avant son entrée au service militaire, échappe à l'application du sénatus-consulte Macédonien, quand le fils acquiert postérieurement un pécule *castrense*? Nous croyons que ce prêt rentre dans la règle générale; les textes montrent que l'émancipation ultérieure du fils n'a pas d'effet rétroactif, et il doit en être de même pour notre cas; le prêteur ne pourra se faire payer sur le pécule *castrense*, et jusqu'à concurrence de son actif, que si le fils avait déjà un pécule *castrense*, au moment où il a contracté la dette. Une loi de Justinien ⁽²⁾ semble confirmer cette décision. L'empereur, après avoir décidé dans le *principium*, que l'approbation ultérieure donnée par le *pater* à un prêt fait au fils de famille, équivalait à son consentement préalable et excluait par là l'application du sénatus-consulte Macédonien, dans le § 1 de la même loi ne soustrait au sénatus-consulte, que les prêts faits à un fils de famille *miles*.

(1) L. 2, D., L. 14, t. 6; L. 1, § 3, D. *eod. tit.*

(2) L. 7, C., L. 4, t. 28.

Cette loi de Justinien a donné lieu à plusieurs controverses : on s'est demandé si elle n'introduisait pas un nouveau privilège au profit des soldats fils de famille, ou s'il n'avait voulu que trancher une controverse antérieure. Nous n'aurons garde d'aborder cette controverse qui nous entraînerait loin de notre sujet.

Les divers points que nous avons examinés jusqu'ici, suffisent à prouver la véracité de la règle que nous avons posée en tête de la section. Mais un autre argument, plus décisif encore, démontre jusqu'à l'évidence, que le fils de famille est vis-à-vis de son pécule, à la fin de l'époque classique, dans la situation d'un véritable *paterfamilias*. Le pécule *castrensè* peut donner lieu, entre le fils de famille et son *pater*, à des actes juridiques, et même à des actions, qu'ils peuvent intenter l'un contre l'autre à l'occasion de différends nés entre eux. En principe, rien de tel n'est possible entre un père et un fils, comme Gaius le dit expressément : « *Lis* « *nulla nobis esse potest cum eo, quem in potestate habemus, nisi ex castrensi peculio* ⁽¹⁾. » Ainsi le pécule peut être l'occasion d'actions en justice, dans lesquelles le fils et le père jouent les rôles de demandeur et de défendeur. « *Inter patrem et filium contrahi emptio non potest, sed de rebus castrensibus potest*, » dit Ulpien ⁽²⁾. Quant aux actes juridiques intervenus entre eux, Papinien s'exprime ainsi : « *Si stipulanti filio spondeat, si quidem ex causa peculii cas-*

(1) L. 4, D., L. 5, t. 1.

(2) L. 2 pr., L. 18, t. 1.

« trensis, tenebit stipulatio; ceterum ex qualibet alia causa
« non tenebit. Si pater a filio stipulatur, eadem distinctio
« servabitur ⁽¹⁾. »

Le fils peut se porter aussi fidéjusseur de son *pater*, et dans ce cas il a une action contre ce dernier pour se faire indemniser, lorsqu'il a payé la dette ⁽²⁾. De même des actions délictuelles peuvent naître entre un père et son fils, pourvu que les délits d'où elles procèdent, se rapportent au pécule *castrense*. Ainsi par exemple, le père a soustrait un objet du pécule, ou un esclave a commis un délit envers le père. Si le délit a été commis par le fils, au préjudice du père, par exemple s'il lui a soustrait un objet, ce dernier n'a aucune action contre le fils, car on ne peut prouver que le délit ait rapport au pécule *castrense*, et sans cette preuve point d'action, les délits entre père et fils ne donnant point lieu à des poursuites judiciaires.

Le fils peut enfin disposer du pécule *castrense*, par acte de dernière volonté, comme un *paterfamilias*. Nous examinerons plus loin ce point.

Nous venons de voir quels étaient les droits du fils de famille sur le pécule; avant d'examiner ceux qu'avait conservés le *pater*, il nous reste à considérer un cas particulier, celui où le fils possesseur d'un pécule *castrense*, devient fou. Faut-il dans ce cas nommer un curateur, chargé de l'administration du pécule, ou faut-il confier cette adminis-

(1) L. 15, §§ 1 et 2, D., L. 49, t. 17.

(2) L. 10, § 2, D., L. 46, t. 1.

tration au père? Tertullien semble opiner pour la seconde, et Justinien confia l'administration du pécule *castrense* au *paterfamilias* ⁽¹⁾.

Examinons maintenant quelle était la situation du *paterfamilias*, vis-à-vis du pécule *castrense*, à l'époque qui nous occupe et pendant que la puissance paternelle dure encore.

On peut dire sans hésitation que le *pater* n'a, du vivant du fils, aucune espèce de droit sur le pécule; qu'il n'a sur lui pas plus de droits, que sur la fortune d'un tiers.

De ce principe, que nous venons de poser, découlent plusieurs conséquences. Le père ne peut, en émancipant le fils ou en le donnant en adoption, faire sien le pécule *castrense* ⁽²⁾. Les créanciers du père ne peuvent exercer de poursuites sur le pécule du fils ⁽³⁾. Le père de son côté ne peut faire des actes juridiques supposant qu'il a la propriété du pécule, du moins des actes devant produire un effet immédiat, ainsi il ne peut aliéner par acte pur et simple un objet du pécule, ou affranchir les esclaves au moyen de la vindicte ⁽⁴⁾.

Nous avons vu que dans la théorie primitive du pécule *castrense*, lorsque le père instituait un esclave du pécule et que le fils survivait, l'esclave, et par suite son maître le fils, devenaient héritiers nécessaires du père; à l'époque que nous considérons, ils ne sont plus héritiers nécessaires et l'esclave

(1) L. 7 pr., C., L. 5, t. 70.

(2) L. 12, D., L. 49, t. 17.

(3) Inst. pr., 1, L. 2, t. 12.

(4) L. 17, D., L. 40, t. 1.

n'acquiert l'héritage pour son maître que sur l'ordre de ce dernier : « Sed si servus peculii castrensis a quocumque
« sit heres scriptus, jussu militis adire debebit hereditatem,
« eaque fiet honorum castrensis peculii ⁽¹⁾, » dit Trypho-
ninus, et ce texte se trouve confirmé par un passage d'Ul-
pien ainsi conçu : « Marcellus putat, necessarium quoque
« heredam servum filii peculiarem patri existere posse, si
« filio pater supervixerit ⁽²⁾. » De ce dernier texte il faut
conclure que lorsque le père meurt avant le fils, l'esclave ne
devient pas héritier nécessaire.

D'après le sénatus-consulte Libonianum, toute clause
qu'une personne avait fait insérer dans le testament d'une
autre à son profit, directement ou indirectement, était
considérée comme nulle. Cette règle s'appliquait surtout,
aux clauses introduites par une personne au profit d'autres
personnes soumises à sa puissance. Si l'on avait reconnu
un droit quelconque au *paterfamilias*, sur le pécule *cas-
trense*, toute clause qu'il aurait fait insérer dans le testament
d'un compagnon d'armes de son fils, par exemple au profit
de ce dernier, aurait dû être nulle; un texte de Marcien
prouve qu'il n'en était pas ainsi ⁽³⁾.

Donc le père, du vivant du fils, contrairement à l'an-
cienne théorie, doit être considéré, comme juridiquement
étranger au pécule *castrense*, pendant la durée de la puis-
sance paternelle.

(1) L. 49, § 1, D., L. 49, t. 17.

(2) L. 9, D., L. 49, t. 17.

(3) L. 11 pr., D., L. 48, t. 10.

§ II.

Cessation de la puissance paternelle du vivant du fils.

Dans le cas où la puissance paternelle vient à cesser du vivant du fils, le fils de famille garde le pécule *castrense* comme fortune propre. Si tout en sortant de la puissance où il se trouve, il ne devient pas *sui juris*, il le conserve comme auparavant en qualité de pécule *castrense*.

La cessation de la puissance paternelle peut avoir ou n'avoir pas pour conséquence une *capitis deminutio minima*. Nous distinguerons les deux hypothèses et chercherons les effets qui s'y produisent.

1° Si l'extinction de la puissance paternelle a eu lieu sans *capitis deminutio*, quand par exemple la mort de son grand-père, sous la puissance duquel il était placé, le fait tomber sous la puissance de son père; dans ce cas rien n'est changé à la situation. Il n'en est pas de même, lorsque par la mort du *paterfamilias*, le fils devient *sui juris*; le pécule *castrense*, à la différence du pécule ordinaire, ne fait pas partie de la succession du *pater*, et n'est pas partagé entre tous les héritiers, mais reste au fils qui le garde par préciput : « Peculium castrense filius etiam inter legitimos heredes præcipuum retinet⁽¹⁾. » Ce droit accordé au fils est le plus important de tous, car la faculté qui lui était laissée de tester et de disposer entre-vifs, profitait à d'autres, tandis

(1) L. 23, § 2, D., L. 40, t. 5; L. 1, § 15, D., L. 37, t. 6.

que le droit de garder le pécule par préciput est tout à son avantage. Ce droit était la conséquence de la qualité de propriétaire exclusif du pécule *castrense*, accordée au fils.

2° La puissance paternelle a cessé en emportant une *capitis deminutio*, par suite de l'émancipation du fils, ou de sa *datio in adoptionem*.

Le pécule *castrense* reste toujours la fortune propre du fils : en cas d'adoption il demeure pécule *castrense* ; en cas d'émancipation il constitue le patrimoine du fils devenu *paterfamilias* ⁽¹⁾.

Au cas où la puissance paternelle prend ainsi fin, se pose la question suivante : la *minima capitis deminutio* garde-t-elle vis-à-vis du pécule *castrense* ses effets ordinaires, et par suite, le testament fait par le fils sur ce pécule et les droits d'usufruit et d'usage, qui pouvaient appartenir à ce dernier, doivent-ils disparaître ; ou bien, au contraire, n'a-t-elle aucune influence sur le pécule et les droits qui s'y rattachent ?

Les jurisconsultes étaient divisés sur cette question.

Mæcien considérait le testament, du fils de famille soldat, comme annulé par suite de la *capitis deminutio*, encourue par lui ; il ne le déclarait valable que si le testateur était encore soldat, lorsqu'il encourait la *capitis deminutio* : encore ne valait-il que comme nouveau testament « *testamentum ejus valet, quasi ex nova voluntate* » ⁽²⁾.

Ulpien, au contraire, déclarait que le testament d'un fils

(1) L. 12, D., L. 49, t. 17.

(2) L. 22, D., L. 29, t. 1.

de famille, vétéran ou militaire, ne devenait pas *irritum* par suite de son émancipation. Le pécule *castrense* n'était donc pas atteint par la *capitis deminutio* ⁽¹⁾.

De même, d'un texte de Justinien, il résulte que certains jurisconsultes admettaient, dans le même cas, la perte d'un droit d'*usufruit* appartenant au pécule *castrense* ⁽²⁾.

Quelles sont les raisons invoquées de part et d'autre, et quel parti faut-il adopter?

Les partisans du premier système disent : du moment que le testament d'un *paterfamilias*, ou le droit d'*usufruit* qu'il possède, tombent par suite d'une *minima capitis deminutio* qu'il encourt, il doit en être de même pour le fils vis-à-vis de son pécule *castrense*, puisqu'il est considéré comme un *pater* au point de vue de ce pécule.

A ceci l'on peut répondre par un argument *à contrario*, que par cela même qu'il est considéré comme *pater*, vis-à-vis de son pécule, il ne saurait être traité comme émancipé. De plus les effets de la *capitis deminutio*, à l'égard d'un *paterfamilias*, sont moins les effets de cette *capitis* que ceux des modifications qu'elle emmène dans l'état de la fortune du *pater*, qu'elle fait passer des mains de ce dernier dans celles du nouveau *paterfamilias*. Ce sont ces modifications, plutôt que celles produites dans l'état de la personne elle-même, qui mettent obstacle à ce qu'une personne ayant perdu sa fortune, puisse conserver un testament valable. Il en est de même pour les droits d'*usufruit* et d'*usage*; si on

(1) L. 6, § 43, D., L. 28, t. 3.

(2) L. 46, § 2, C., L. 3, t. 33.

les maintenait, et les transmettait au nouveau *paterfamilias*, on changerait leur durée et l'on pourrait porter un préjudice au nu-propriétaire. A l'égard du pécule *castrense*, toutes ces considérations n'existent pas, puisque même en subissant la *capitis deminutio*, le fils garde le pécule *castrense* comme fortune propre. Il est donc juste d'écarter de lui les effets ordinaires de la *capitis deminutio* ⁽¹⁾.

C'est à cette solution que s'est rallié Justinien. Par la loi 16, § 2, C., L. 3, t. 33, il laisse subsister le droit d'usufruit, existant au profit du fils, et dans les Institutes, L. 2, t. 11, § 5, il maintient le testament, fait par le fils de famille, qui subit une *minima capitis deminutio*.

§ III.

Le fils en puissance meurt avec un testament valable.

Le fils de famille est encore, vis-à-vis de son pécule *castrense*, dans la situation d'un *paterfamilias*, en ce sens qu'il peut en disposer par testament.

Ulpien dit : « Nam quantum ad testandum de castrensi « peculio, pro paterfamilias habendus est ⁽²⁾. » Ce droit de tester appartient au fils de famille, quelle que soit sa situation vis-à-vis de son père. En conséquence si le fils, soldat ou vétéran, au moment où il teste, ignore s'il est actuellement soumis à la puissance paternelle, ou commet une erreur sur ce point, son testament n'est pas pour cela

(1) Fitting : *op. cit.*, § 27 ; Accarias : *op. cit.*, t. II, n° 344.

(2) L. 6, § 13, D., L. 28, t. 3.

annulé. Ulpien déclare que le testament, fait par un *paterfamilias*, est nul si ce dernier s'est cru à tort fils de famille, ou s'il n'a pas su s'il était ou non *sui juris* ⁽¹⁾. Cette nullité a sa cause, non dans l'erreur relative à l'état personnel, comme il paraît à première vue, mais dans une erreur sur la faculté de tester, qui généralement dépend de cet état. C'est ce qu'Ulpien, dans un autre texte, exprime d'une façon très claire, lorsqu'il dit : « nec testari potest, qui, an liceat testari, dubitat. » Mais le fils de famille, soldat ou vétéran, peut tester, même s'il est en puissance, et l'incertitude ou l'erreur dans laquelle il peut être relativement à son état, ne porte pas sur son droit de tester; aussi, n'y avait-il pas de raison pour invalider son testament.

Si le père vient à mourir, le fils devenant *sui juris*, son testament reste valable, car son droit de tester est entièrement indépendant de sa situation personnelle vis-à-vis de son *paterfamilias*. Nous avons vu qu'il en est de même, lorsque le fils encourt une *capitis deminutio minima*, par suite de son émancipation ou d'une *datio in adoptionem*, sauf la controverse qui divisait les jurisconsultes; au temps de Justinien la question ne faisait plus de doute.

En dehors de ces cas, le testament par lequel un fils de famille dispose de son pécule *castrense*, doit être traité comme le testament d'un *paterfamilias*, en tenant compte cependant de la qualité d'*alieni juris* du testateur. Cette règle donne la solution de toutes les questions qui peuvent se

(1) L. 15, D., L. 28, t. 1.

poser. Ainsi, la fiction de la loi Cornelia s'applique au testament du fils, aussi bien qu'à celui d'un *paterfamilias*. De même, le fils est libre de faire toutes les dispositions qu'il veut dans son testament; il peut affranchir directement les esclaves du pécule *castrense*, pourvu que les conditions nécessaires pour cet affranchissement soient remplies, c'est-à-dire qu'il ait la propriété de l'esclave au moment de la confection du testament et au moment de la mort.

Nous croyons que le fils peut aussi léguer, *per vindicationem*, les objets du pécule *castrense*. Il est vrai qu'il n'existe pas de texte sur cette question; mais les conditions requises, pour léguer en cette forme, étaient les mêmes que celles qu'exigeait l'affranchissement direct des esclaves. De plus, il existe des textes qui permettent au fils de famille de faire tous espèces de legs et fidéicommiss. Au contraire, le fils ne peut dans son testament nommer un tuteur à ses enfants, la puissance paternelle étant nécessaire pour accomplir un pareil acte; d'ailleurs son droit de tester ne porte que sur le pécule *castrense*.

Tant que le fils est soldat, il profite des dispenses de formes et de fonds, accordées au militaire qui veut tester; une fois vétéran, il est, à cet égard, soumis aux règles du droit commun. Pour bénéficier de ces privilèges, le fils devait tester pendant son service militaire, et sous Justinien, seulement pendant la durée de l'expédition à laquelle il prenait part. Les auteurs ne sont point d'accord, pour décider si cette dernière restriction est due à Justinien qui en parle dans plusieurs de ses constitutions et s'en attribue la

paternité, ou si, au contraire, elle a existé de tout temps. Certains auteurs contestent que Justinien ait posé cette règle, et prétendent qu'elle exista de tout temps, ou du moins fut introduite longtemps avant lui ⁽¹⁾. Pour justifier leur décision, ils s'appuient sur un passage des fragments d'Ulpien ⁽²⁾ et sur deux constitutions impériales, l'une d'Antonin Caracalla, et l'autre de Constantin ⁽³⁾. Dans le passage d'Ulpien, ils donnent à l'expression, employée par le juris-Consulte, *in castris mortuus*, la signification de soldat mort pendant le cours d'une campagne, d'où ils concluent qu'il fallait qu'il eût testé pendant cette campagne. Les constitutions disent, que la dispense est accordée au militaire qui teste *in expeditione*. A ces arguments, les adversaires de ce système répondent, en prétendant que l'expression *in castris mortuus*, signifie simplement que le testateur doit mourir militaire, comme le démontre la suite du texte « vel post missionem intra annum. » Quant aux mots « *in expeditione*, » ils ont dû être ajoutés par les compilateurs du Code, pour mettre ces lois d'accord avec la législation de Justinien ⁽⁴⁾.

Ce testament, fait par le fils pendant le service militaire, n'est pas astreint aux règles ordinaires de forme et de fond du testament, mais pour qu'il produise effet, il faut que le fils meure au service ou dans l'année qui suit sa libération.

(1) Ortolan : *Explic. hist. des Inst.*, t. I, n° 670.

(2) Reg., 23, 10.

(3) L. 6, C., L. 21, t. 1 ; L. 1, C., L. 15.

(4) Demangeat : *Dr. rom.*, t. I, p. 649 ; Accarias : *op. cit.*, t. I, n° 417.

Passé ce délai, le vétéran est soumis au droit commun.

Ici se pose une question qui était discutée par les jurisconsultes, à savoir si un fils de famille vétéran, astreint aux règles de forme du droit commun, peut prendre comme témoin, pour la confection de son testament, son *paterfamilias* ou un frère en puissance du même *pater*?

Gaius se prononce pour la négative ⁽¹⁾. Quiconque, dit-il, est lié par la puissance paternelle, à l'une des deux personnes entre lesquelles est fait le testament, soit le testateur, soit le *familix emptor*, ne peut être pris comme témoin. De ce que le fils de famille a le droit de disposer par testament de son pécule *castrense*, il ne résulte pas que la puissance du *pater* est supprimée; aussi le témoignage de ce dernier ou d'un frère, également soumis à sa puissance, serait un *domesticum testimonium*, non valable comme tel ⁽²⁾. Au contraire, Marcellus et Ulpien admettent que le *pater* ou le frère figurent comme témoins dans le testament, en se fondant sur la règle que le fils est réputé *paterfamilias* relativement à son pécule *castrense* ⁽³⁾. Justinien, qui copie Gaius, repousse le sentiment de ces deux jurisconsultes, et il transforme, comme il le dit lui-même, *in legis necessitatem*, l'opinion de Gaius ⁽⁴⁾.

Le testament du fils de famille militaire échappe, comme aux règles de formes, aux règles de fond prescrites par le

(1) Gaius : *Comm.*, II, §§ 105, 106.

(2) L. 20, § 2, D., L. 28, t. 1.

(3) Accarias : *op. cit.*, t. I, p. 204; Ortolan : *op. cit.*, t. I, n° 664.

(4) *Instit.*, II, t. 10, §§ 9, 10.

droit commun. Mais passé le temps de son service, le militaire doit se soumettre aux règles de fond ordinaires. Nous allons passer en revue différentes difficultés et les résoudre, en nous inspirant du principe qu'il faut avant tout obéir à la volonté du testateur.

Le fils soldat peut nommer plusieurs héritiers successifs, d'où il résulte que s'il a substitué pupillairement, pour son enfant mineur, quoique cette substitution ne soit pas valable comme telle, puisque le fils n'a pas la puissance paternelle, elle assurera cependant au substitué, à la mort de l'enfant mineur, au moins l'ancien pécule *castrense* du testateur. Cette solution est identique à celle qui est donnée dans l'hypothèse où un militaire *sui juris* substitue un tiers à son enfant pubère ou émancipé; la substitution ne comprendra que les biens laissés par celui qui l'a faite ⁽¹⁾.

La règle *Nemo partim testatus, partim intestatus decedere potest* n'est pas non plus applicable au militaire fils de famille. De là, plusieurs conséquences. Si le fils ignore, en faisant son testament, que son père est mort et qu'il était son héritier, qu'il vienne à mourir au service, sans l'avoir appris, l'héritier qu'il a institué ne recueillera que le pécule *castrense* et non aussi la succession venant du père, car le fils, en testant, n'a entendu disposer que de son pécule : on respecte donc sa volonté. C'est ce qui résulte d'un texte d'Ulpien : « Si filiusfamilias ignorans patrem suum decesisse, « de castrensi peculio in militia testatus sit, non pertine-

(1) L. 41, § 4, D., L. 29, t. 1.

« hunc ad heredem eius patris bona, sed sola castrensia ⁽¹⁾. »
Si, au contraire, le fils meurt vétéran ou s'il ne fait son testament qu'une fois sorti du service, l'héritier qu'il institue recueille toute la fortune que le fils laisse à sa mort, y compris les biens qui lui viennent de son père; peu importe qu'il ait ou non ignoré qu'il était devenu héritier du *pater*. Il ne peut en être autrement, car personne, le soldat excepté, ne peut mourir « pro parte testatus, pro parte intestatus. »

Si le fils a testé étant militaire, et s'il est mort au service ou dans l'année qui a suivi sa libération, les legs faits par lui ne sont pas soumis à la quarte falcidie. Au contraire, si le fils a testé après sa sortie du service, même dans l'année de sa libération, la quarte-falcidie trouve son application, car les testaments y sont soumis « ad veterani testamentum, « sive paterfamilias, sive filiusfamilias sit, licet intra annum « missionis decedat, lex falcidia pertinet ⁽²⁾. »

Le fils de famille, en disposant par testament de son pécule *castrense*, doit, en outre, comme un *paterfamilias*, instituer ses *sui*, ou les exclure de la succession, sinon conformément au droit commun, l'omission d'un *suus* déjà né, la naissance d'un *postumus*, rendent le testament nul; sauf cette seule différence, que le fils, dans son testament, n'est astreint à aucune expression déterminée, et qu'il suffit de démontrer que sa volonté se manifeste d'une manière quelconque. Sa volonté bien arrêtée d'exclure un *suus* de la

(1) L. 11, § 2, L. 29, t. 1.

(2) Hermogenianus, lib. 4, *Juris. epitom.*

succession, suffit pour exhérer ce dernier; en conséquence, lorsqu'au moment de la confection de son testament, il a pensé à un *suus*, ou prévu la survenance d'un *postumus*, et que cependant il les a passés sous silence, ce silence de la part du soldat qui teste, équivaut à une véritable exhérédation. Le *paganus*, au contraire, doit exhérer dans une forme déterminée. Si l'on peut prouver que le soldat n'a pas fait mention de son *suus* dans le testament, uniquement parce qu'il n'a pas pensé à lui, ou parce qu'il ignorait son existence, on ne peut plus voir dans cette omission la volonté d'exclure le *suus* de la succession : il y a là une véritable prétéritio avec ses conséquences habituelles.

Lorsque le testateur apprend au service la naissance d'un posthume, ou l'existence d'un *suus* qu'il a omis dans son testament, et que, néanmoins, il manifeste la volonté de maintenir son ancien testament, on tient compte de cette volonté, et le testament est considéré comme renouvelé avec exclusion volontaire du *suus* ou du posthume.

Toute une série de textes viennent à l'appui des solutions que nous venons de donner dans ces différents cas ⁽¹⁾.

Dans toutes ces hypothèses, et d'autres encore, il ne peut être question de *sui* proprement dits, mais seulement de posthumes, car les enfants d'un fils de famille, fût-ce même un fils possédant un pécule *castrense*, ne sont pas sous sa puissance, mais sont comme lui sous la puissance de son *paterfamilias*.

(1) L. 12 pr., D., L. 38, t. 2; L. 9, C., L. 6, t. 21; L. 7, 9 pr., D., L. 29, t. 1; *Inst.*, L. 2, t. 13, § 6; Ortolan : *op. cit.*, t. I, n° 713.

Le fils qui teste au service, n'est, avons-nous dit, astreint pour exhériter ses posthumes, à aucune règle de forme ; s'il teste, au contraire, étant vétéran, il doit se soumettre aux formes prescrites.

La question suivante divisait les juriconsultes : un fils soldat a testé en cette qualité, et a omis dans son testament son fils qui était soumis comme lui à la puissance du *pater*. Le fils libéré, son *paterfamilias* meurt ; de telle sorte que le fils devient lui-même *paterfamilias* de son enfant qu'il a omis. Son testament est-il dans ce cas annulé ? Oui, en principe ; car par la mort du père, le testateur a obtenu la puissance paternelle sur une personne qui, jusqu'alors, n'était pas sous sa puissance ; nous rentrons ainsi dans l'hypothèse que nous venons d'examiner. Aussi, les derniers juriconsultes de l'époque classique, annulaient avec raison le testament ⁽¹⁾.

Ne devait-on pas décider de même dans le cas où l'enfant du testateur fils de famille, n'avait plus été omis, mais institué ou exhérité ? D'après l'ancien droit, il ne suffisait pas d'exhériter ou d'instituer d'une façon générale les *sui*, il fallait de plus qu'ils le fussent en qualité de *sui et comme tels*. C'était là l'opinion de Gaius (II, 138-143). Or dans notre hypothèse, le fils du testateur, déjà né lors de la confection du testament, et institué par ce testament, devient par la mort du *paterfamilias* un *suus* vis-à-vis du testateur ; le testament doit être annulé pour les partisans de la vieille

(1) L. 28, § 1, D., L. 28, t. 2 ; Accarias : *op. cit.*, t. I, n° 338.

doctrine, parce que, lors de la confection du testament, le fils n'était pas encore *suus* du testateur et n'avait pas été institué comme tel. Tryphoninus est d'avis de maintenir le testament, pour le motif que l'institué est tombé sous la puissance de son père, et devenu *suus*, naturellement et sans l'intervention d'aucun fait juridique : « Nullo circa eum novo
« facto, sed ordine quodam naturali nactus est potesta-
« tem⁽¹⁾. » D'ailleurs, les raisons qui militaient en général pour l'application de l'ancien principe, cessaient ici d'être valables, car, en règle générale, la survenance chez l'institué de la qualité de *suus* n'était ni prévue ni attendue, on pouvait admettre en pareil cas que le testateur aurait testé d'une façon différente, et que son testament n'était plus l'expression de sa volonté. Dans le cas qui nous occupe, au contraire, le testateur avait dû compter que son *pater* mourrait avant lui. On ne peut donc lui prêter la volonté de modifier son testament, parce que son fils est devenu *suus*. Le testament doit donc être maintenu.

Supposons que le fils en testant a omis son fils, qui était comme lui soumis à la puissance de son *pater*, et qu'ensuite il tombe aux mains de l'ennemi et meure en captivité, après que son père est lui-même mort citoyen romain. La fiction de la loi *Cornelia* permet de maintenir le testament; mais faut-il l'annuler, à raison d'omission de l'enfant? Nullement, car d'après la fiction *legis Corneliæ*, tout doit se passer comme si le prisonnier était mort au moment où il a été pris

(1) L. 28, § 1, D., L. 28, t. 2.

par l'ennemi. Or à ce moment, l'enfant omis n'était pas *suus* du testateur et n'avait pas été sous sa puissance. C'est ce que décide Paul⁽¹⁾.

Le fils de famille, en testant, était-il obligé d'observer les règles ordinaires de la quote légitime? Le père de famille, par exemple, a été omis par le fils dans son testament, pouvait-il réclamer la portion légitime, qui revient aux ascendants, en attaquant le testament par la *querela inofficiosi testamenti*? La question est très discutée. En se plaçant à un point de vue général, on est porté à dire : la *querela inofficiosi testamenti* est donnée contre le testament d'un fils de famille, dans les mêmes conditions et mêmes cas que contre le testament d'un *paterfamilias*. Si donc le fils a testé, étant militaire, et est mort au service, ou dans l'année de sa libération, son testament ne pourra être attaqué par la *querela*, les testaments des soldats y étaient soustraits. Au contraire, si le fils ne teste qu'après sa libération, ou si ayant testé au service, il est mort plus d'un an après son congé, son testament pourra être attaqué au moyen de la *querela*.

Qui pourra intenter la *querela*? Il faut distinguer suivant que le fils est mort *alieni juris* ou *sui juris*. Dans le premier cas, c'est le père qui intentera la *querela*, comme seul intéressé à l'annulation du testament, afin que le pécule *castrense* lui revienne exclusivement d'après les règles des pécules. Dans le second cas, si le fils est devenu *sui juris* par la mort du *pater*, ou par émancipation, ce serait suivant

(1) L. 39, D., L. 29, t. 1.

les circonstances, ses enfants, ses ascendants, ses frères et sœurs, qui intenteront la *querela* suivant les règles ordinaires.

A la théorie que nous venons d'émettre, on peut faire cette objection, qu'à l'époque qui nous occupe il n'y avait pas de succession *ab intestat* du pécule d'un fils. Or sans hérédité *ab intestat*, pas de légitime et par suite pas de *querela inofficiosi testamenti* pour attaquer le testament d'un fils de famille. A ceci l'on répond, en soutenant que la *querela* ne suppose pas pour sa recevabilité l'existence d'une succession *ab intestat*. Il est vrai qu'en règle générale, celui qui prétend à la légitime, n'intente avec succès la *querela* que s'il est en même temps héritier *ab intestat* du défunt; son intérêt à l'annulation du testament est alors manifeste. Mais il ne s'ensuit pas que si, sans être héritier *ab intestat*, il a par exception un intérêt à l'annulation du testament, il ne puisse la poursuivre par l'exercice de la *querela*. Dans l'hypothèse qui nous occupe, l'intérêt du *pater* est manifeste, car s'il fait tomber le testament, le pécule *castrense* lui revient exclusivement *jure peculii*. Pourquoi donc lui refuser l'usage de la *querela* ⁽¹⁾? Justinien décida que, dans le cas où le fils n'était pas militaire, la *querela* échappait au père ⁽²⁾; et il étendit cette règle au pécule *quasi castrense* ⁽³⁾.

En matière de codicilles, la quarte-falcidie supposait un véritable droit de *succession ab intestat*; et avant la Nouvelle

(1) Fitting : *op. cit.*, § 33; Vangerow : *op. cit.*, II, § 478.

(2) L. 24, 37, C., L. 3, t. 28.

(3) Accarias : *op. cit.*, t. I, n. 354.

118 de Justinien, il y avait un rapport étroit entre la légitime et la quarte-falcidie. Qu'arrivait-il donc, si un fils de famille, sans avoir fait un testament, avait dans un codicille imposé à son père des fidéicommiss particuliers ou même la remise à un tiers du pécule tout entier, à titre de fidéicommiss universel? Les jurisconsultes accordent au père le droit à la quarte-falcidie. C'est ce qui ressort d'un texte de Paul ⁽¹⁾.

Examinons les effets du testament, par lequel le fils de famille a disposé de son pécule *castrense*.

Lorsque le fils de famille meurt, étant encore en puissance, son testament a les mêmes effets que celui d'un *pater familias*. Si le testament est valable, l'héritier institué recueille le pécule *castrense*, comme il recueillerait la succession d'un *pater familias*. Cela est établi par un grand nombre de textes : « Si filiusfamilias miles decesserit testamento « facto : hic pro hereditatem habetur castrense peculium ⁽²⁾. » L'héritier institué par le fils est un véritable *heres*, et l'on ne pourrait trouver aucune différence entre un héritier proprement dit et lui. La succession du fils, est régie comme celle d'un *pater familias* : il peut y avoir lieu entre cohéritiers, à l'exercice de l'action *familiæ erciscundæ*; l'héritier du fils peut exercer la *petitio hereditatis* pour réclamer le pécule qui lui a été légué; si le fils a imposé à son héritier testamentaire un fidéicommiss à titre universel, le sénatus-consulte Trébellien s'appliquera, etc.

Le fils a pu instituer son *pater* ou un étranger.

(1) L. 18, D., L. 35, t. 2.

(2) L. 2, D., L. 49, t. 17; L. 34, D., L. 5, t. 3.

Dans le premier cas, le *pater* recueille le pécule *castrense* en tant qu'hérédité et non en tant que pécule : de là diverses conséquences. Le père, comme tout autre héritier, est tenu des dettes de la succession *in infinitum et ultra vires*.

Les textes très précis à cet égard ne devaient laisser subsister aucun doute. Certains romanistes du moyen âge, ont cependant soutenu, que le père recueillait toujours le pécule *castrense*, après la mort du fils, comme pécule, et jamais comme hérédité, *jure hereditario*; et cela même lorsqu'il avait été institué par le fils. On appuyait cette théorie sur cette considération que, le père institué par le fils, est dans une situation plus désavantageuse, que s'il ne l'avait pas été, et en outre par deux textes de Paul qui, prétendait-on, auraient expressément déclaré que la dévolution du pécule *castrense*, a toujours lieu *jure peculii*, quand elle s'opérait au profit du père, et que ce n'était que pour un *extraneus* qu'il formait une *hereditas* ⁽¹⁾. Cette interprétation est inadmissible, car il ressort de ces passages mêmes que Paul n'a pu leur donner cette signification. En effet, dans la loi 20, le jurisconsulte désigne l'esclave du pécule comme « qui ad « patrem ex testamento filii pertinere cœpit, » et dans la loi 18 il remarque que si le père institué répudie intentionnellement la succession, il peut être actionné par les légataires en vertu de l'édit « si quis omissa causa testamenti. » Ces termes ne s'expliqueraient pas, si Paul avait entendu attribuer au père institué, le pécule *castrense jure peculii*.

(1) L. 20, D., L. 49, t. 17; L. 18, D., L. 35, t. 2.

Si le fils a institué une personne qui acquerra pour le *pater*, par exemple, un des enfants qui est comme lui sous la puissance paternelle, le *pater* acquerra le pécule en donnant ordre à l'héritier institué de faire adition. Il l'acquerra comme *hereditas*, car le pécule *castrense*, en passant du testateur à l'institué, a perdu sa qualité de pécule. Ainsi décide Paul ⁽¹⁾.

Si le fils a institué un étranger, et que celui-ci accepte, le père est considéré comme ayant toujours été étranger au pécule, et l'héritier institué le recueille, *jure hereditario*.

Quelle était la condition du pécule pendant le temps laissé à l'institué pour délibérer? Constituait-il une hérédité jacente *quæ personam defuncti sustinet*?

Les jurisconsultes n'étaient point d'accord sur ce point. Ulpien admettait qu'il y avait hérédité jacente. Papinien décidait que, tant que l'institué n'avait pas exercé son option, le pécule ne pouvait être assimilé à une hérédité jacente, mais que l'adition faite par l'héritier rétroagissait et donnait lieu à l'application de la règle « *hereditas personam defuncti sustinet*. » D'où il suit, que toutes les acquisitions réalisées depuis la mort du fils par les esclaves du pécule, étaient valables. Écarter dans notre cas l'application de la règle, conduirait à déclarer nulles toutes les stipulations intervenues pendant le temps de la délibération, car ces stipulations n'auraient pu se soutenir du chef de personne; on conçoit que les jurisconsultes aient reculé devant

(1) L. 90, § 1, D., L. 29, t. 2.

de parcellles conséquences. La preuve que Papinien n'admettait pas que le pécule *castrense* constituât une hérédité jacente, avant l'adition, c'est que, au cas où un esclave indivis entre le pécule et un tiers avait fait des acquisitions dans l'intervalle de la mort du *de cujus* et de l'adition par l'institué, le jurisconsulte décidait que ces acquisitions appartendraient exclusivement au tiers, comme faites à une époque où l'esclave n'avait pas deux maîtres, ou pour mieux dire, ne pouvait acquérir que pour un seul ⁽¹⁾.

Nous en avons fini avec les effets du testament laissé par le fils de famille. Nous allons examiner maintenant le cas où le fils meurt *intestat*.

§ IV.

Le fils en puissance meurt sans testament valable.

Lorsque le fils est mort *intestat*, soit qu'il n'ait pas laissé de testament, soit que les héritiers institués par lui n'aient pas accepté la succession, le pécule *castrense* n'est pas dévolu suivant les règles des successions *ab intestat*. Le pécule *castrense* perd son caractère spécial de fortune propre du fils, et redevient partie intégrante de celle du *pater*, comme dans l'ancien droit; il passe comme un pécule ordinaire aux mains du père de famille, *jure peculii* et non *jure hereditario* : « si filiusfamilias miles decesserit, si

(1) L. 18 pr., D., L. 45, t. 3; L. 14, § 1, D., L. 49, t. 17.

« quidem intestatus, bona eius non quasi hereditas, sed
« quasi peculium patri deferentur ⁽¹⁾. »

Des différences profondes séparent ici la condition du père de celle d'un héritier :

1° Il n'a pas besoin d'accepter le pécule *castrense* dont la propriété lui appartient immédiatement, sans adition.

Peut-il refuser le pécule? Les textes ne parlent nulle part de ce droit, et l'on ne voit pas l'utilité de le lui accorder. On pourrait cependant argumenter par analogie de ce qu'il advient de la fortune du latin Junien, et accorder ce droit au père : le maître qui recueillait la fortune de l'affranchi, pouvait en effet la refuser ⁽²⁾.

2° Si le fils a laissé un testament, que le père meure avant que l'héritier institué ait pris un parti, et qu'enfin l'institué refuse de faire adition, le fils est mort *intestat*. Dans ce cas le pécule *castrense* doit être considéré comme une part de l'héritage du *pater*, et par suite être partagé entre ses héritiers. C'est ce que décide Ulpien ⁽³⁾.

3° Le père n'est tenu des dettes du pécule qu'en vertu du droit prétorien, par l'action *de peculio*, c'est-à-dire jusqu'à concurrence du pécule et pendant une année utile seulement ⁽⁴⁾. Héritier du fils, il aurait été tenu d'après le droit civil *in infinitum* et *ultra vires successionis*.

4° Le père peut revendiquer individuellement les objets

(1) L. 2, D., L. 49, t. 17; L. 18, D., L. 35, t. 2; L. 19, § 3, D., L. 35, t. 2.

(2) Gaius, III, 62.

(3) L. 9. D., L. 49, t. 17.

(4) L. 17, D., L. 49, t. 17.

du pécule, mais n'a pas l'action *in rem generalis*, qu'on accorde à tout héritier ⁽¹⁾.

5° Une soustraction a-t-elle été commise au préjudice du pécule, il peut exercer l'*actio furti*, tandis que la soustraction d'une chose héréditaire ne constitue pas un *furtum*.

Toutes ces conséquences, qui étaient logiques quand le père était considéré comme propriétaire du pécule, n'étaient plus, à l'époque que nous envisageons, qu'un reste de l'ancien droit que l'on conservait afin de ne pas restreindre encore davantage et sans nécessité les droits du père. Cependant, même en admettant la dévolution *jure peculii* du pécule, on ne peut nier qu'à cette époque le père faisait une acquisition, tandis que dans l'ancien droit il évitait seulement une perte. Aussi le droit du père devait-il être, de plus en plus, considéré comme un droit de succession *ab intestat*; les jurisconsultes le traitaient comme tel dans deux hypothèses :

1° Le fils, mort *intestat*, avait pu imposer à son père, comme à un héritier *ab intestat*, des fidéicommiss : « *Filiusfamilias miles vel veteranus, licet sine testamenta de-*
« *cedat, potest fideicommittere a patre, quia etiam testa-*
« *mentum facere potest* ⁽²⁾. »

De plus dans certains cas le sénatus-consulte Trébellien s'appliquait. L'ancien pécule *castrense*, qui n'est point dans les mains du père une hérédité, devient par suite de la restitution imposée par le fils au *pater*, au moyen d'un codicille,

(1) L. 56, D., L. 6, t. 1.

(2) L. 114 pr., D., L. 30, t. 1.

une *hereditas*; les jurisconsultes voyaient donc dans la dévolution du pécule *castrense* au père, une forme particulière de succession *ab intestat*. C'est l'opinion que professe Paul (1).

A la question de savoir si un fils de famille, mort vétéran, ayant, par un codicille, prié son père de restituer le pécule *castrense* à un tiers, à titre de fidéicommiss universel, le père pouvait, comme un héritier, retenir la quarte-falcidie, le jurisconsulte consulté répond affirmativement : à la condition toutefois que le fils ait fait le codicille comme vétéran, ou bien, s'il l'a fait au service, qu'il se soit passé plus d'un an depuis sa libération; car les legs faits par un soldat mort au service ou dans l'année de sa libération, ne sont pas soumis à la quarte-falcidie (2).

2° Lorsque le père refuse la succession testamentaire du pécule *castrense*, sans motif valable, l'édit *si quis omissa causa testamenti* lui est appliqué (3). Cet édit avait été fait pour déjouer la fraude de l'héritier institué qui, étant en même temps l'héritier *ab intestat* le plus proche, répudiait la succession, afin d'échapper au paiement des legs qui tombaient avec le testament et recueillir la succession comme héritier *ab intestat*. En vertu de cet édit, un héritier qui répudierait la succession sans motif valable, pour la recueillir *ab intestat*, restait néanmoins tenu au paiement des legs comme s'il avait fait adition. Les légataires avaient contre

(1) L. 18, D., L. 35, t. 2.

(2) *Eodem*, § 1.

(3) L. 17, § 1, D., L. 49, t. 17.

lui l'action *legatorum perpetua*, étant ainsi mieux traités que les créanciers du fils qui n'avaient qu'une année utile pour se faire payer.

Mais il faut que le père ait refusé sans motif valable; lorsque le pécule *castrense* ne suffit pas à payer les créanciers, le père a un bon motif de la répudier.

Si le fils mourait sans avoir testé, ou si l'héritier institué répudiait la succession, le pécule *castrense* se transformait en pécule ordinaire et restait au *pater*. Nous allons examiner la valeur de cette transformation. Quelle sera la valeur des actes accomplis par le père, relativement au pécule, du vivant du fils? Nous distinguerons les deux cas dans lesquels le pécule *castrense* revient au père, *jure peculii* : celui où le fils n'a point testé, et celui où l'héritier institué a répudié la succession.

1° En cas de dévolution du pécule *castrense* au père, *jure peculii*, le fils étant mort sans laisser de testament, le père l'acquiert avec un effet rétroactif; il est censé en avoir toujours été propriétaire. Ce principe de rétroactivité conduit à valider certains actes, que le père avait accomplis sur le pécule, du vivant du fils. Ces actes pouvaient être de deux sortes : des actes de disposition immédiate, dont l'effet devait se produire actuellement, et des actes de disposition éventuelle, qui ne produisaient leur effet qu'à une époque ultérieure. Les premiers étaient toujours nuls, comme étant en contradiction flagrante, avec le droit de propriété qui appartenait au fils sur le pécule, à l'époque qui nous occupe. Les seconds, au contraire, n'étaient pas nuls, mais leur validité

était subordonnée à la survie du père et à l'acquisition, par ce dernier, du pécule *castrense*; ces actes étaient dans ce cas validés, le père étant considéré comme ayant toujours été propriétaire du pécule. Par application de ces idées, un affranchissement *vindicta* d'un esclave du pécule par le père, est nul, cet acte produisant un effet immédiat. Au contraire, l'affranchissement testamentaire de cet esclave par le père, était valable si le fils mourait *intestat* avant lui.

C'est aussi en s'appuyant sur l'ancien droit, plus favorable au père, qu'on résolut la question de savoir quel était le sort des acquisitions, faites du vivant du fils, par un esclave du pécule, ayant agi expressément pour le père et en son nom. Si la stipulation était pure et simple, elle devait tomber comme les actes devant produire effet immédiat et accomplis par le père sur le pécule du vivant du fils, car l'esclave à ce moment était étranger au père. Au contraire, si l'esclave avait stipulé pour le père sous une condition, qui ne s'accomplissait qu'après que le fils était mort *intestat* après le père, il n'y avait aucune raison de ne pas valider sa stipulation.

C'était en s'inspirant de l'ancien droit qu'on validait ces actes. L'analogie avec le *postliminium*, dont on se servait pour les maintenir comme autrefois, n'était qu'un expédient, destiné à mettre ces décisions d'accord avec les principes nouveaux.

Le principe de la rétroactivité, admis en faveur du *pater*, peut aussi être pour lui une cause d'obligation : ainsi en est-il en matière de *collatio bonorum*.

Supposons qu'un fils émancipé vienne à la succession paternelle en concours avec d'autres frères restés en puissance; il est alors obligé à la *collatio* de tous les biens dont il s'est enrichi depuis son émancipation. Si nous supposons, en même temps qu'il ait un fils sous sa puissance, à qui appartient un pécule *castrense*, et que ce fils soit mort *intestat* depuis la mort du père et avant le moment où se fait la *collatio*, cette dernière doit-elle avoir pour objet le pécule? Oui, car l'ayant recueilli *jure peculii*, l'émancipé doit être considéré comme ayant toujours été propriétaire du pécule. C'est ce que déclare Ulpien : « Non enim nunc « acquiritur, sed non adimitur. » Et le jurisconsulte va même plus loin, car il dit : « Et si institutus fuerit a filio heres « necdum adierit habeatque substitutum, quia non magis « nunc quæritur, quam nunc alienatur, conferri debere⁽¹⁾. » Par exemple, le fils émancipé a été institué héritier par son fils soldat, et celui-ci lui a donné un substitué vulgaire; puis l'institué et le substitué refusent l'hérédité; le fils émancipé recueillera le pécule *castrense*, *jure peculii*. Au moment de la *collatio bonorum*, il devra le rapport en vertu du principe de la rétroactivité.

2° Comme dans l'hypothèse précédente, le pécule *castrense* fait retour au père, *jure peculii*, et rétroactivement.

Cependant, le principe de la rétroactivité était plus difficile à admettre ici, que dans le cas où le fils était mort sans laisser de testament. En effet, dans ce cas, le fils a manifesté

(1) L. 1, § 22, D., L. 37, t. 6.

expressément la volonté, que son pécule ne fût pas recueilli par son père, en instituant un étranger. De plus, pendant le temps laissé à l'héritier pour délibérer, le pécule a joué le rôle d'une hérédité jacente. A ce moment-là, il n'a point appartenu au père ; il n'en saurait être autrement, sans quoi il faudrait admettre que, si l'héritier au lieu de répudier, avait fait adition, il tiendrait l'hérédité du père et non du fils ; ce qui est inadmissible. Aussi n'était-il pas aussi naturel de considérer le père comme ayant toujours été propriétaire du pécule.

Cependant, dans le cas d'un legs de liberté fait par le père, du vivant du fils, à un esclave du pécule, Tryphoninus décide que l'esclave sera libre, mais il motive sa décision par faveur due aux affranchissements⁽¹⁾. Ulpien, au contraire, se prononce pour le principe de la rétroactivité dans les deux cas, sans distinguer si le père recueille le pécule à défaut de testament, ou s'il le recueille faute d'adition de la part de l'héritier institué⁽²⁾.

Pour les opérations qui ont pu être faites par un esclave du pécule, pendant que l'institué délibérait, la question était plus délicate. Si dans cet intervalle, l'esclave a fait une stipulation, cette stipulation sera-t-elle valable ? Ulpien se prononce pour l'affirmative, admettant ainsi la rétroactivité en ce cas⁽³⁾. Il considère, par suite de la répudiation de l'institué, le pécule *castrense* comme ayant toujours appar-

(1) L. 19, § 5, D., L. 49, t. 17.

(2) L. 9, D., L. 49, t. 17.

(3) L. 23 pr., D.

tenu au père. Papinien, au contraire, se prononce pour la nullité de la stipulation ⁽¹⁾. D'une part, d'après lui, l'esclave n'a pu acquérir pour le pécule, car la répudiation a effacé rétroactivement le caractère d'hérédité qu'avait d'abord le pécule, et par suite la règle « *hereditatem jacens personam defuncti sustinet* » n'était plus applicable. D'autre part, il n'a pas pu acquérir pour le père auquel il n'appartenait pas. Il faut remarquer qu'à la fin du texte, Papinien semble revenir sur sa décision et admettre l'opinion d'Ulpien comme un correctif équitable à la rigueur des principes. Il est fort probable que cette phrase a été ajoutée par les compilateurs de Justinien; sa latinité montre qu'elle appartient à cette époque ⁽²⁾.

Le legs d'usufruit fait à un esclave pendant le *tempus deliberandi*, profitera au père. Papinien l'admet lui-même dans la loi 14 que nous avons citée. La validité de la disposition se comprend, car la *diei cessio* du legs, a lieu non à la mort du testateur, auteur du legs, mais au moment de la répudiation par l'institué ⁽³⁾. L'esclave, à ce moment, a un maître qui peut en profiter. Au contraire, la stipulation d'usufruit faite par un esclave du pécule, pendant le temps de la délibération, sera nulle, car l'usufruit étant une servitude personnelle, suppose qu'au moment de l'ouverture du droit il se trouve quelqu'un pour l'exercer.

Le pécule *castrense* perd encore son caractère particulier

(1) L. 14, § 1, D., L. 49, t. 17.

(2) Accarias : *op. cit.*, t. I, n° 2, p. 728.

(3) L. 36, D., *De stip. serv.*

pour se changer en pécule ordinaire, dans le cas où le fils a été honteusement chassé de l'armée par suite de sa mauvaise conduite ⁽¹⁾. Le jurisconsulte Macer ne parle que de la privation du droit de tester, mais il ne faut pas oublier que ce privilège était le point de départ de tous les autres, et la pensée du jurisconsulte est que ce droit supprimé, le pécule *castrense* devient un pécule ordinaire. De plus, un autre texte déclare que le soldat chassé de l'armée est considéré comme n'ayant jamais été soldat ⁽²⁾.

Les mêmes conséquences se produisent lorsque le fils, soldat ou vétéran, se rend coupable d'un délit qui, commis par un *sui juris*, entraînerait la confiscation. Il perd tout droit sur son pécule, au profit de son père qui le recueille *jure peculii*, et non au profit de l'État. Il en est de même dans le cas où le fils subit la déportation ⁽³⁾.

SECTION IV.

Innovations de Justinien.

Le développement rapide qui s'était accompli dans le siècle qui sépare le règne d'Adrien de celui de Sévère, et qui avait abouti à faire du pécule *castrense* une fortune propre du fils de famille, donnait à prévoir qu'au temps de Justinien, il ne resterait rien de la nature primitive du pécule.

(1) L. 26, D., L. 29, t. 1.

(2) L. 8, § 4, D., L. 27, t. 1.

(3) L. 3, C., L. 9, t. 49.

Et en effet, Justinien, avant la compilation du *Corpus* et des *Institutes*, avait, dans la loi 6, C., L. 6, t. 61, posé la règle, presque sans exception, que toute acquisition d'un fils de famille devait lui appartenir, et que le père n'en avait que l'administration et la jouissance.

Sous Justinien pourtant, le pécule *castrense*, dans son ensemble, est à peu près tel que nous le décrivent les jurisconsultes de la fin de l'époque classique. Cela tient à deux raisons. D'abord, depuis la fin de l'époque classique, le droit subissait un développement beaucoup plus lent. En outre, et surtout, quelque illogique que fût la réglementation du pécule *castrense* à cette époque, au point de vue théorique, elle était, au contraire, très acceptable dans ses conséquences pratiques. Quand les droits du fils et ses intérêts étaient en jeu, le pécule était considéré comme sa fortune propre; et toutes les fois que ses intérêts n'en devaient pas souffrir, on appliquait l'ancien droit plus favorable au père. Si, en théorie, cela paraissait contradictoire, en pratique, cela était conforme aux égards dus au père et à sa position de *paterfamilias*. Il n'y avait donc pas nécessité absolue de faire des innovations.

Il faut arriver aux *Institutes* pour trouver une innovation de Justinien qui, du reste, a donné lieu à une des plus grandes controverses.

Voici ce passage des *Institutes* : « Si vero intestati decederint nullis liberis vel fratribus superstitibus, ad patrem eorum jure communi pertinebit ⁽¹⁾. » D'après ce pas-

(1) *Instit.* II, t. XII pr.

sage, le pécule *castrense* du fils mort *intestat* n'appartient désormais à ses ascendants qu'à défaut de descendants ou de frères et sœurs du *de cujus*, et sa dévolution a lieu *jure hereditario*. Ainsi le pécule *castrense* fait l'objet d'une succession *ab intestat*. La difficulté naît lorsque le fils, ne laissant ni descendants, ni frères et sœurs, le père recueille le pécule. Comment le recueille-t-il? *Jure peculii*, comme auparavant, ou bien *jure hereditario*, comme successeur légitime, ce qui suppose une succession *ab intestat*? La controverse a été provoquée par les mots *jure communi* employés par les Institutes. On n'est pas d'accord sur le sens à donner à ces mots.

Suivant Théophile, ils signifient *jure peculii*, et des commentateurs, entraînés par la considération que ce jurisconsulte était contemporain de Justinien, l'ont suivi dans sa manière de voir ⁽¹⁾.

La majorité des auteurs traduit au contraire les mots *jure communi* par l'expression *jure hereditario*. Ils admettent ainsi une succession *ab intestat*, lorsque le père recueille le pécule *castrense* du fils, mort *intestat*. Et c'est avec raison. Cette innovation de Justinien, pour les frères et sœurs, est due à l'influence du droit, admis en matière d'adventices, sur le pécule *castrense*. Pour ces sortes de biens, l'hérédité *ab intestat* existait, et Justinien, appliquant justement au pécule cet ordre de dévolution admis pour ces biens, il est vraisemblable que l'empereur a innové et supprimé la dé-

(1) Cujas : *op. cit.*; Ortolan : *op. cit.*; Thézard : *Rép. écrites de droit romain*, p. 138.

volution *jure peculii*. De plus, il semblerait bizarre que le législateur se soit basé sur l'existence d'un enfant ou d'un frère du fils de famille, pour lui accorder ou lui refuser une succession légitime. Enfin, cette doctrine conduirait à cette conséquence, contraire au texte des Institutes, que si le fils de famille mourait laissant son père et son grand-père, ce dernier serait préféré, comme étant investi de la puissance paternelle.

Du reste, la législation des Nouvelles supprime tout l'intérêt de cette controverse, car la Novelle 118, qui refond la législation sur les successions légitimes, s'applique aussi aux *bona castrensia*.

Dans le premier chapitre de la Novelle, on accorde aux descendants du *de cujus*, le droit de succéder en premier et à l'exclusion de tous autres.

Le second chapitre, de beaucoup plus important, introduit cette innovation, qui n'a d'égale que celle d'Adrien, qu'en l'absence de descendants du *de cujus*, les ascendants et les frères et sœurs du même lit deviennent héritiers, et il ajoute :
« Differentia nulla servanda inter personas istas, sive feminae sive masculi fuerint, qui ad hereditatem vocantur,
« et sive per masculi, sive per feminam personam copulantur,
« et sive suae potestatis, sive sub potestate fuerint is, cui
« succedant. »

C'est par cette dernière innovation que s'est terminé le développement de l'institution du pécule *castrense*.

Nous achevons ainsi l'étude du pécule, que, dans son développement, nous avons vu subir une complète transfor-

mation : à l'origine, il fait partie de la fortune du père, il commence dès le début de l'Empire, à être à quelques égards, par quelques côtés, la fortune personnelle du fils, pour constituer enfin un patrimoine propre à ce dernier, sur laquelle le père n'a plus aucun droit.



DROIT FRANÇAIS



DE L'INVOLABILITÉ DU DOMICILE

DROIT FRANÇAIS.

DE L'INVOLABILITÉ DU DOMICILE.

INTRODUCTION.

L'inviolabilité du domicile est une conséquence de la liberté individuelle, qui implique, en effet, pour tout individu, le droit de demeurer dans une habitation qui lui appartient et de n'y être pas inquiété. On peut dire que le domicile est une sorte d'extension de la personnalité humaine et qu'à ce titre il doit être respecté.

Si le principe de l'inviolabilité du domicile doit être reconnu par toute législation, il s'en faut qu'il l'ait été de tout temps.

L'ancien droit ne protégeait pas mieux le foyer des citoyens que les citoyens eux-mêmes. Le pouvoir violait la liberté du domicile comme celle de l'individu. Les lettres de cachet de l'ancien régime en font foi. Cependant, même à cette époque, ce principe, s'il n'était pas respecté, n'était

pas ignoré. Nous en avons la preuve dans les arrêts de certains parlements qui s'efforçaient de faire respecter le domicile, mais c'étaient des décisions exceptionnelles, et le principe cédaient quand il gênait le pouvoir absolu.

Il faut arriver à la période révolutionnaire pour trouver le principe de l'inviolabilité du domicile, formulé d'une façon positive dans les lois constitutionnelles. Aussi ne ferons-nous pas remonter plus haut l'historique de la question.

Toute la législation de l'époque intermédiaire abonde en textes sur le principe de l'inviolabilité du domicile. Nous les étudierons en suivant l'ordre chronologique.

Aux termes de la Constitution de 1791, « aucun agent de la force publique ne peut entrer dans la maison d'un citoyen, si ce n'est pour l'exécution des mandements de police et de justice, ou dans les cas formellement prévus par la loi ⁽¹⁾. » C'était la première fois que le principe de l'inviolabilité était proclamé et trouvait sa place dans un texte.

Avant la Constitution de 1791, les décrets des 20 avril et 31 mai 1790 avaient déjà formulé la règle que tout citoyen qui n'est prévenu d'aucun délit, doit jouir tranquillement de sa liberté et de son état, et être en sûreté sous la sauvegarde de la loi.

La déclaration des droits de l'homme, antérieure à la Constitution de 1791, n'énonçait pas expressément le prin-

(1) Constitution de 1791, titre IV, art. 9.

cipe de l'inviolabilité du domicile; il se déduisait de la garantie des droits tenant à la liberté et à la sûreté, lesquels y étaient spécialement visés. En définitive, ce fut la Constitution de 1791 qui le formula la première.

Un décret du 16 février 1791, relatif à l'organisation de la gendarmerie, décidait que la gendarmerie ne pourrait jamais arrêter un citoyen dans sa maison, si ce n'est en vertu d'un mandement de justice, et édictait en même temps des peines contre ceux qui contreviendraient à cette prescription⁽¹⁾.

Le 22 juin 1791, l'Assemblée rendit un autre décret aux termes duquel la visite des maisons particulières ne pouvait avoir lieu que sur la réquisition des officiers de police, de justice, ou sur celles des propriétaires, locataires ou fermiers de ces maisons.

La loi sur les délits de police correctionnelle et municipale du 19 juillet 1791 est encore plus explicite : « Nul « officier municipal commissaire ou officier de police municipale, dit l'article 8, ne pourra entrer dans les maisons des « citoyens, si ce n'est pour la confection des états ordonnés « par les articles 1, 2, 3, et la vérification des registres des « logeurs, pour l'exécution des lois sur les contributions « directes, ou en vertu des ordonnances, contraintes et jugements dont ils seraient porteurs, ou enfin sur le cri des « citoyens invoquant de l'intérieur d'une maison le secours « de la force publique. » — Les officiers municipaux étaient

(1) Décret du 16 février 1791, titre VIII, art. 5.

autorisés par la loi d'entrer dans les lieux où tout le monde était indistinctement admis, tels que les cafés, cabarets; ils pouvaient toujours y pénétrer soit pour connaître des désordres qui s'y produisaient, soit pour vérifier les poids et mesures, le titre des matières d'or et d'argent, la qualité des comestibles (art. 9). De même ils pouvaient entrer dans les maisons de jeux, mais seulement quand elles leur avaient été désignées par deux citoyens domiciliés (art. 10).

Les officiers de police qui, hors ces cas, et sans autorisation spéciale de justice ou de la police de sûreté, entraient dans les maisons particulières pour faire des visites ou des recherches, étaient passibles envers le citoyen, dont ils avaient violé le domicile, de dommages-intérêts qui ne pouvaient être moindres de cent livres, sans préjudice des autres peines qu'ils encouraient quand ils s'étaient laissés entraîner à commettre des voies de fait, des violences ou autres délits ⁽¹⁾.

L'Assemblée constituante, par tous ces décrets, assura d'une manière efficace le principe de l'inviolabilité du domicile. — Le principe posé dans la Constitution de 1791 reçut dans ces divers documents législatifs les exceptions qu'il comportait en même temps que sa sanction nécessaire en cas de contravention. — L'arbitraire de l'ancien régime était remplacé par des garanties assurant la liberté individuelle que tout citoyen pouvait invoquer en toute circonstance.

(1) Décret du 19-22 juillet 1791, titre 1, art. 8, 9, 10, 11.

Tant que dura l'Assemblée constituante, toutes ces garanties furent respectées; elles devinrent par la suite illusoires. Les différents partis politiques se succédaient rapidement au pouvoir et chacun d'eux cherchait à anéantir le parti qu'il avait supplanté. Aussi le principe de l'inviolabilité du domicile ne fut-il plus respecté, et l'arbitraire régna-t-il pendant toute cette époque. L'Assemblée rendit plusieurs décrets pour permettre de procéder à des visites domiciliaires, qui étaient surtout dirigées contre les partisans du régime déchu. — Tous les actes arbitraires qui furent accomplis durant cette période avaient l'apparence de la légalité; les décrets qui autorisaient les visites domiciliaires se présentaient comme apportant de simples dérogations au principe de l'inviolabilité du domicile posé dans la Constitution.

L'Assemblée, sur la proposition de Danton, rendit deux décrets; le premier les 10-12 août 1792 qui ordonnait que des visites domiciliaires fussent faites pour la recherche des vivres et des munitions de guerre; le second des 28-29 août 1792 qui ordonnait des visites domiciliaires dans toute la France pour rechercher les munitions, armes, chevaux et charrettes qui se trouvaient chez les citoyens.

Les visites commencèrent aussitôt et furent faites de la façon la plus vexatoire. Les barrières furent fermées pendant quarante-huit heures à partir du 27 août au soir; aucune permission de sortir ne pouvait être donnée pour aucun motif. Les communes environnantes étaient chargées d'arrêter quiconque serait surpris dans la campagne ou sur les routes.

Des commissaires de la commune assistés de la force armée, avaient mission de faire les visites; ils devaient s'emparer des armes qu'ils trouveraient et pouvaient arrêter les personnes qui leur paraîtraient suspectes ⁽¹⁾. On voit comme à peu d'années de distance de la Constitution de 1791, les principes qu'elle avait consacrés, même les plus importants, étaient méconnus, les abus de l'ancien régime reparaissaient plus intolérables, cachés seulement sous une apparence de légalité.

Toutefois même en autorisant les visites domiciliaires, l'Assemblée prit certaines mesures pour assurer aux citoyens la régularité de ces visites et les garantir des perquisitions que prétendaient faire chez eux des individus s'arrogeant le droit d'envahir au nom du peuple les habitations privées sous prétexte d'y rechercher des conspirateurs. L'Assemblée rendit un décret les 15-16 septembre 1792 exigeant que les commissaires de police qui procéderaient à une visite domiciliaire laissassent dans les maisons qu'ils visitaient une expédition de l'acte qui constatait leur pouvoir spécial, qu'ils doivent avoir en double. Ce même décret défendait à tout citoyen de se revêtir du costume réservé aux magistrats ou juges ou autres officiers publics, et punissait le contrevenant de deux années de fer. Que si un citoyen, revêtu d'un costume qu'il n'avait pas le droit de porter, avait fait des actes d'autorité qu'un officier public avait seul le droit de faire, il était passible de la peine de mort. Le dé-

(1) Thiers, *Histoire de la Révolution*, t. II, p. 299.

cret dans son dernier article déclarait que lorsque les visites, perquisitions ou actes d'autorité se feraient en exécution d'une loi particulière, d'une délibération légale, dans toute l'étendue de la commune, le commissaire serait tenu d'exhiber ses pouvoirs et de les faire connaître aux citoyens qui le demanderaient. Toutes ces garanties prises par l'Assemblée pour assurer la tranquillité des citoyens (ce sont là les termes mêmes des considérants de ces décrets), ne firent pas respecter la liberté des citoyens. Bien plus, l'Assemblée allant plus loin dans la voie de l'arbitraire, rendit le 17 décembre 1793 un décret connu sous le nom de *loi des suspects* par lequel était autorisée la mise en arrestation sans jugement de toutes les personnes suspectes qui se trouvaient dans le territoire de la République et qui étaient encore en liberté. Ce décret énumérait tous les cas dans lesquels on était considéré comme suspect. Cette loi des suspects était l'acte le plus arbitraire qui ait été accompli dans toute la période révolutionnaire. La liberté, le domicile n'existaient plus, puisque dès qu'on était soupçonné d'être anti-révolutionnaire ou de s'intéresser au sort des modérés, on pouvait être arrêté. Et ces actes s'accomplissaient trois mois seulement après que l'on avait écrit dans l'article 9 de la déclaration des droits de l'homme de la Constitution de 1793 : « la loi doit protéger la liberté publique et individuelle » contre l'oppression de ceux qui gouvernent. »

Chercher à légitimer ces actes arbitraires serait impossible; tout au plus pourrait-on les excuser si l'on songe au sentiment de haine et de vengeance que les abus de l'an-

cien régime avaient fait naître chez les hommes du nouveau régime contre tout ce qui était anti-révolutionnaire. D'ailleurs, il ne faut pas oublier que les partisans de la monarchie cherchaient à rétablir la royauté par tous moyens, même en invoquant le secours de l'étranger et en suscitant les terribles guerres de la Révolution.

L'Assemblée législative avait rendu un décret prohibant les visites domiciliaires pendant la nuit. Sur la proposition de Billaud-Varennes, l'Assemblée rapporta le décret et dès lors les citoyens furent menacés à toute heure d'être arrêtés. Aussi les prisons renfermaient-elles plus de cent cinquante mille suspects qui jugés sommairement, sans aucune procédure, étaient presque toujours condamnés à tort.

La journée du 9 thermidor arrêta ces massacres. Robespierre tombé, l'arbitraire cessa pour quelque temps. Un décret du 18 thermidor an II, relatif aux citoyens détenus comme suspects, mit en liberté tous les citoyens détenus comme suspects pour des motifs qui n'étaient pas contenus dans la loi du 17 septembre 1793 (art. 1^{er} du décret). Cette loi quoiqu'elle n'ait pas été abrogée par le nouveau gouvernement, ne fut plus cependant appliquée.

Après la Terreur nous arrivons à la Constitution de l'an III qui contient plusieurs dispositions sur l'inviolabilité du domicile. Aux termes de l'article 359 de cette Constitution « la
« maison de chaque citoyen est inviolable : pendant la nuit,
« nul n'a droit d'y entrer que dans le cas d'incendie, d'inon-
« dation ou de réclamation venant de l'intérieur de la maison.
« Pendant le jour on peut y exécuter les ordres des autorités

« constituées. Aucune visite domiciliaire ne peut avoir lieu
« qu'en vertu d'une loi et pour la personne ou l'objet spécia-
« lement désigné dans l'acte qui ordonne la visite; » dis-
position à laquelle le Code du 3 brumaire an IV ajoutait
(art. 208) : « s'il paraît utile à la recherche de la vérité, de
« procéder à une ou plusieurs visites domiciliaires, le juge
« de paix rend à cet effet une ordonnance dans laquelle il
« énonce expressément les personnes et les objets qui don-
« nent lieu à ces visites. »

Mais si la Constitution de l'an III prohibait les visites domiciliaires pendant la nuit, elles restèrent possibles pendant le jour, sans cesser d'avoir un caractère arbitraire. Une loi du 24 fructidor an IV autorise les visites domiciliaires pour un motif quelconque dans les départements de Seine, de Seine-et-Oise et de Seine-et-Marne.

La loi du 14 fructidor an V abrogea les décrets de la Convention nationale ainsi que les arrêtés des représentants du peuple et autres, qui avaient prononcé la mise hors la loi des citoyens soit en masse soit individuellement. Un autre décret du 18 messidor an VI autorisa les visites domiciliaires pour l'arrestation des agents de l'Angleterre et des émigrés rentrés en France. Un autre décret du 26 thermidor an VII pour l'arrestation des embaucheurs, des émigrés rentrés, des égorgeurs et des brigands.

Nous avons dit qu'après la Terreur, l'arbitraire ne cessa que pour un temps. En effet, nous venons de voir que plusieurs décrets autorisèrent de nouveau les visites domiciliaires, pendant le jour seulement, mais pour des motifs

peu graves; de plus, une loi du 24 messidor an VII (12 juillet 1799), destinée à réprimer les brigandages qui désolaient certains départements de la Vendée et de la Bretagne, rendait personnellement et civilement responsables des assassinats les parents de ceux qui faisaient partie des bandes d'assassins (ainsi les appelle la loi), et ordonnait aux départements ou communes en état de troubles de livrer les otages qui seraient gardés, à leurs frais, dans un même local, sous la surveillance des administrations municipales; dans le cas où il y avait seulement trouble imminent, ces administrations étaient provisoirement autorisées à prendre des otages.

En cas d'assassinat d'un fonctionnaire ou d'un acquéreur ou possesseur de domaines nationaux, on déportait quatre otages par personne assassinée; en outre, on les frappait d'une amende de 5,000 fr. ⁽¹⁾.

C'était en revenir aux jours de la Terreur, car, sous une autre forme, c'était une nouvelle loi des suspects.

Nous arrivons à la Constitution du 22 frimaire an VIII qui dit, dans son article 76 : « La maison de toute personne « habitant le territoire français est un asile inviolable. « Pendant la nuit, nul n'a le droit d'y entrer que dans le « cas d'incendie, d'inondation ou de réclamation venant de « l'intérieur de la maison. Pendant le jour, on peut y exé-
« cuter les ordres des autorités constituées. »

C'est sous l'empire de cette Constitution que le Code pénal

(1) Loi du 24 mess. an VII, art. 1, 2, 3, 4, 9, 13. — Voir Duvergier an. 7-8).

a été rédigé; son article 184 fait de l'abus d'autorité un délit correctionnel dont les auteurs sont passibles d'une peine. — Mais si le principe de l'inviolabilité du domicile était inséré dans la Constitution de l'an VIII, elle ne le garantissait pas, puisque, dans son article 75, les agents du Gouvernement ne pouvaient être poursuivis pour des faits relatifs à leurs fonctions qu'en vertu d'une décision du Conseil d'État qui, à cette époque, était amovible.

Les chartes de 1814 et de 1830 ne reproduisaient pas l'article 76 de la Constitution de l'an VIII. On estimait cependant que le principe de l'inviolabilité du domicile était entré dans le droit public et était sanctionné par le Code pénal.

La Constitution de 1848 (art. 3) a posé de nouveau ce principe en ces termes : « La demeure de toute personne
« habitant le territoire français est inviolable, il n'est permis
« d'y pénétrer que selon les formes et dans les cas prévus
« par la loi. »

Quant à la Constitution de 1852, elle ne rappelle notre principe que par une disposition générale (t. 1, art. 1), ainsi conçue : « La Constitution reconnaît, consacre et
« garantit les grands principes proclamés en 1789 et qui
« sont la base du droit public des Français. »

CHAPITRE PREMIER.

L'ARTICLE 184 DU CODE PÉNAL.

Le principe de l'inviolabilité du domicile avait été inscrit dans la Constitution du 22 frimaire an VIII : « La maison
« de chaque citoyen est un asile inviolable. »

Le législateur de 1810 dans l'article 184 du Code pénal apporta une sanction pénale à ce principe : « Tout juge,
« tout procureur général ou du Roi, tout substitut, tout
« administrateur, ou tout autre officier de justice ou de
« police qui se sera introduit dans le domicile d'un citoyen
« hors les cas prévus par la loi et sans les formalités qu'elle
« a prescrites, sera puni d'une amende de 16 francs au
« moins et de 200 francs au plus. »

Deux idées se dégagent de la lecture de cet article. D'abord, le principe de l'inviolabilité du domicile est reconnu et une pénalité est édictée contre les agents qui y auront contrevenu ; en outre ce principe admet certaines exceptions. En effet, l'inviolabilité du domicile ne peut être absolue. Le foyer d'un individu ne saurait être pour un prévenu ou un condamné un asile qui lui permette de se soustraire à la

justice. De même si les perquisitions n'étaient possibles, comment arriverait-on à la découverte des crimes? — Aussi le législateur devait-il chercher à concilier les intérêts de la société avec les intérêts privés du citoyen. C'est ce qu'il a fait. Dans un certain nombre de lois, il a rigoureusement déterminé les cas dans lesquels le principe devait céder et a posé la règle qu'en dehors de ces cas et sans les formalités prescrites, nul ne pouvait pénétrer dans le domicile d'une personne.

Cependant l'article 184 en réalité ne protégeait pas les personnes à l'encontre des agents de l'autorité, car la peine qu'il prononçait était dérisoire et tout à fait en disproportion avec les peines rigoureuses prononcées pour les délits commis par les particuliers envers les fonctionnaires publics. L'on ne peut expliquer les motifs d'une semblable indulgence que par le désir du gouvernement impérial de ne pas laisser condamner à une peine sévère ses agents, qui ne faisaient qu'exécuter ses ordres. Aussi avec une pareille sanction les violations de domicile furent-elles fréquentes sous l'empire et même par la suite. Les discours même des orateurs du gouvernement nous révèlent pourquoi une peine si minime avait été prononcée :

« L'on a, dans cette matière, cherché plutôt une peine
« efficace qu'une peine sévère. — L'espèce de délit qu'on
« examine ne tire point sa source de passions viles et basses,
« comme les concussions et la corruption; un zèle faux ou
« mal entendu peut produire assez souvent des abus d'au-
« torité, et il importe de les réprimer, mais avec modéra-

« tion, si l'on veut que ce soit avec succès. » Il semblerait, d'après les paroles ci-dessus, qu'il y avait lieu seulement de mettre en garde les agents de l'autorité contre un zèle faux ou mal entendu?

A mon sens une peine ne peut être efficace qu'autant qu'elle est proportionnée à l'importance du délit. Or, le principe de l'inviolabilité du domicile est assez précieux pour que, quand il est violé, on prononce une peine plus sévère qu'une simple amende de 15 à 200 francs au maximum ⁽¹⁾.

Une réforme s'imposait. La plupart des criminalistes critiquèrent les dispositions de l'article 184. Dans la refonte du Code pénal, en 1832, d'importantes modifications furent apportées à cet article.

Nous allons étudier l'article 184 dans sa teneur actuelle, en relatant les modifications qui ont été apportées à son ancienne rédaction par la loi de 1832.

« Tout fonctionnaire de l'ordre administratif ou judiciaire, dit l'article 184, tout officier de justice ou de police, tout commandant ou agent de la force publique, qui, agissant en sadite qualité, se sera introduit dans le domicile d'un citoyen contre le gré de celui-ci, hors les cas prévus par la loi et sans les formalités qu'elle a prescrites, sera puni d'un emprisonnement de six jours à un an, et d'une amende de 16 francs à 500 francs, sans préjudice du second paragraphe de l'article 114.

(1) Destrivaux : *Essais sur le Code pénal*, p. 51; Carnot : *Code pénal*; Bavoux : *Leçons préliminaires*, p. 70.

« Tout individu qui se sera introduit, à l'aide de menaces
« ou de violences, dans le domicile d'un citoyen, sera puni
« d'un emprisonnement de six jours à trois mois et d'une
« amende de 16 francs à 200 francs. »

L'énumération que faisait l'ancien article 184 des agents de l'autorité pouvant commettre le délit de violation de domicile a été étendue par la loi de 1832. En comparant les deux textes, l'on voit que le second diffère du premier en ce qu'il s'applique à tous *les agents de la force publique* qui n'étaient pas visés auparavant, et substitue, en outre, à une énumération d'agents, des dénominations générales qui peuvent s'appliquer à tout individu pourvu d'un mandat public lui permettant de s'introduire dans le domicile d'un citoyen, moyennant certaines formalités et dans des cas spécifiés. En effet, lors de la réforme, on s'aperçut que les gendarmes qui, souvent, procèdent à des perquisitions ou à des arrestations, peuvent commettre le délit de violation de domicile. Or, l'expression d'*officiers de police judiciaire* employée par l'ancien texte, s'appliquait bien aux commandants de gendarmerie, mais non aux simples gendarmes.

L'article 184 ne s'applique, du reste, qu'aux fonctionnaires de l'ordre civil. S'agit-il des abus d'autorité commis par des chefs militaires, le Code de justice militaire comprend des dispositions spéciales (art. 226 et suiv., C. J. M. de 1837), et pour les délits commis par des commandants de forces navales, les articles 305 et suiv. (le Code de J. M. pour l'armée de mer de 1858).

Il faut que le délit soit commis par un agent agissant en

sa qualité. C'est la seconde innovation de la loi nouvelle. Il résulte de là que c'est seulement dans le cas où un agent a commis une violation de domicile dans l'exercice de ses fonctions, que ce fait tombe sous le coup du § 1^{er} de l'article 184. Si, au contraire, il a agi en dehors de ses fonctions, son délit est assimilé à celui d'un simple particulier, relevant du § 2 du même texte et ne devient punissable que s'il réunit les conditions exigées, c'est-à-dire s'il y a eu de sa part des violences ou des menaces. L'on voit que le délit de l'agent peut être envisagé sous deux aspects.

Une troisième condition exigée par la loi de 1832, pour qu'il y ait violation de domicile, est la suivante : le domicile doit avoir été envahi contre le gré du propriétaire.

Quel sens doit-on donner aux mots : *contre le gré de celui-ci*? Faut-il, pour que le fait de s'introduire dans le domicile d'un citoyen ne soit pas punissable, qu'il n'y ait pas eu opposition de la part de ce dernier, ou faut-il de plus qu'il ait donné son consentement?

De la lecture de l'article 184, il résulte qu'il ne peut y avoir violation de domicile d'un citoyen que si on a pénétré chez lui contre son gré, c'est-à-dire contre sa volonté. Si le propriétaire consent formellement ou même tacitement à ce qu'on pénètre chez lui, il n'y a pas de délit. De la discussion qui eut lieu à la Chambre des députés, en 1832, il résulte que l'autorisation du propriétaire n'est pas nécessaire. En effet, un député avait proposé un amendement pour remplacer les mots : *contre le gré de celui-ci*, par l'expression : « sans l'autorisation de celui-ci ; » l'amendement fut repoussé.

De même, il n'est pas nécessaire que des violences aient été exercées par les fonctionnaires, la loi étant muette sur ce point; si elle l'avait exigé elle l'aurait spécifié, comme lorsqu'il s'agit de la violation d'un domicile par un simple particulier; il suffit que le propriétaire ait refusé de laisser pénétrer. « L'article 184 n'exige pas qu'il y ait opposition « et résistance à la visite, il demande seulement comme « élément de l'incrimination, qu'elle ait été faite contre le « gré de la partie et que par conséquent celle-ci ne l'ait pas « consentie. C'est donc du consentement que le prévenu doit « faire preuve et non pas du défaut d'opposition seulement (1). » La Cour de cassation a jugé dans le même sens (2) dans le cas suivant. Deux employés de la régie voulant découvrir la preuve des fraudes commises par un particulier, se présentèrent chez lui pour opérer une visite domiciliaire en vertu de la loi du 28 avril 1816 sans s'être munis de l'ordre d'un employé supérieur et de l'assistance du maire ou du juge de paix. Le propriétaire étant absent, ils procédèrent à la visite sans avoir rencontré aucune opposition; le propriétaire poursuivit alors la nullité des procès-verbaux et des saisies en se basant sur ce que la visite à laquelle il avait été procédé sans son consentement, puisqu'il était absent, était irrégulière et illégale. La Cour de Caen annula les procès-verbaux et la Cour de cassation rejeta le pourvoi intenté par la régie.

Le consentement tacite ou formel est vicié si le fonction-

(1) Faustin Hélie et Chauveau : *Théorie du Code pénal*, t. III, p. 18.

(2) Cass., 10 avril 1823, *J. P.*, 1823, p. 1025.

naire a employé pour l'obtenir le dol ou la fraude, et l'on peut dire que dans ce cas la visite a eu lieu contre le gré du citoyen; le délit de violation de domicile a été commis par le fonctionnaire, car le consentement qui le prévient doit être donné librement et obtenu par des manœuvres dolosives il n'est pas volontaire. C'est ce qu'a décidé la Cour de Rennes par arrêt du 9 décembre 1885 ⁽¹⁾ dans l'espèce suivante. Un commissaire vint frapper la nuit à la porte de M^{me} N^{***}, lui enjoignant d'ouvrir sous prétexte qu'il devait continuer une enquête commencée les jours précédents. La dame se crut obligée d'ouvrir. La Cour eut à juger si le fonctionnaire avait commis le délit de violation de domicile dans les conditions où il s'était fait ouvrir le domicile. Adoptant les conclusions de l'avocat général, la Cour se prononça pour l'affirmative. Son arrêt est ainsi motivé :

« Considérant que l'article 184 a pour objet de protéger
« efficacement et dans tous les cas le domicile des citoyens ;
« que s'il ne punit le simple particulier qu'autant que celui-
« ci a usé de la violence ou de la menace, il atteint le fonc-
« tionnaire public par cela seul que son introduction a eu
« lieu contre le gré de l'habitant, que cette expression doit
« s'entendre en ce sens que le délit existe dès lors que le
« consentement n'est pas donné librement et en pleine con-
« naissance de cause, mais qu'il est surpris et vicié par des
« manœuvres dolosives.

« Considérant que si la dame N^{***} n'a ouvert la porte que

(1) *Journal des Parquets*, 1886, art. 9.

« sous la pression coupable d'un agent de l'autorité qui prétendait agir dans l'exercice de ses fonctions et donnait un ordre auquel elle se croyait tenue d'obéir. »

Si le particulier a consenti à la visite domiciliaire, il ne pourrait se plaindre par la suite, car il aurait pu empêcher cette visite par une simple protestation. Le fait pour l'agent de l'autorité de se maintenir dans son domicile une fois qu'il s'y est introduit sans opposition ne constitue pas le délit, malgré l'opposition tardive du propriétaire. Les textes ne considèrent comme élément constitutif du délit que le fait de pénétrer dans une maison.

La loi de 1832, en modifiant l'article 184, a aggravé la pénalité. A la simple amende de seize francs à deux cents francs, elle substitua une amende de cinq cents francs et un emprisonnement dont la durée peut varier de six jours à un an « sans préjudice de l'application du second paragraphe de l'article 114. » Cette addition donna lieu à une vive discussion lors de la discussion de la loi de 1832 à la Chambre des députés.

L'article 114 du Code pénal, punit de la dégradation civique, tout attentat à la liberté individuelle, ordonné ou commis par un fonctionnaire public. Dans le second alinéa, il ajoute : « si néanmoins il justifie qu'il a agi par ordre de ses supérieurs pour des objets du ressort de ceux-ci, sur lesquels il leur était dû obéissance hiérarchique, il sera exempt de la peine, laquelle sera dans ce cas appliquée seulement aux supérieurs qui auront donné l'ordre. »

Ce moyen de justification, ouvert aux fonctionnaires

d'ordre subalterne, fut combattu par divers orateurs lors de la discussion.

Deux sortes d'objections furent faites à l'application de ce paragraphe à l'article 114.

« Jamais un fonctionnaire supérieur, disait M. Dulong, ne donnera à un subalterne l'ordre de s'introduire dans le domicile d'un citoyen sans remplir les formalités légales, par conséquent, c'est celui qui s'y sera introduit sans avoir rempli les formalités qui deviendra passible des peines portées par le Code pénal. Il faut donc laisser aux tribunaux le soin de s'assurer si le subalterne a commis le délit prévu par la loi. » A quoi le rapporteur répondait que la commission proposait de compléter l'article 184 par le second paragraphe de l'article 114, afin d'empêcher que le fonctionnaire inférieur discutât les ordres qui lui seraient donnés et refusât d'y obéir sous prétexte que sa responsabilité personnelle était engagée. « Il ne faut pas qu'un garde-champêtre puisse discuter l'ordre qui lui est donné par le procureur du roi et s'abstienne de l'exécuter en prétendant que sa responsabilité est engagée. »

M. Mauguin, tout en demandant un projet de loi sur la responsabilité ministérielle, distinguait dans le cas où le délit avait été commis par un fonctionnaire subalterne, suivant que l'illégalité était uniquement de son fait, ou était imputable au fonctionnaire supérieur qui lui avait donné des ordres; et l'orateur ajoutait :

« Quand l'illégalité vient du fonctionnaire subalterne seul, il est seul punissable; quand elle vient du fonction-

« naire supérieur, je soutiens qu'il y a deux délits : d'abord
« le délit de celui qui a donné l'ordre, et le délit de celui
« qui l'a exécuté. »

Suivant cet orateur, le fonctionnaire subalterne qui a commis l'infraction ne peut se justifier aux yeux de la loi en disant : « J'ai obéi aux ordres d'un supérieur; » car c'est précisément dans la pénalité qui menace ce fonctionnaire que le citoyen peut trouver une garantie.

Le rapporteur répondait à ce second ordre d'objections de la façon suivante :

« La lecture du deuxième paragraphe de l'article 184
« répond à l'objection. Nous ne soutenons pas la doctrine
« de l'obéissance passive, mais nous soutenons celle de la
« responsabilité ministérielle.

« Nous ne disons pas que les fonctionnaires sont toujours
« à l'abri de toute responsabilité derrière des ordres supé-
« rieurs : nous disons, au contraire, qu'ils ne doivent
« obéissance, qu'ils ne sont dégagés de la responsabilité
« que pour les objets qui sont du ressort hiérarchique.

« Mais s'ils justifient qu'ils ont agi par ordre des supé-
« rieurs auxquels ils devaient obéissance, la responsabilité
« retombe sur le fonctionnaire supérieur (1). »

L'amendement proposé par la commission fut adopté à la suite de cette discussion. Dès lors, si un fonctionnaire, inculpé du délit de violation de domicile, prouve qu'il a agi en vertu de l'ordre d'un de ses supérieurs, pour des

(1) *Moniteur universel*, 1831. Séance de la Chambre des députés du 5 décembre 1831.

objets du ressort de celui-ci, c'est ce dernier qui sera passible de l'article 184, et le fonctionnaire, qui n'a fait qu'obéir, sera exempt de la peine, si toutefois il a rempli les formalités prescrites par la loi.

La loi de 1832 a, de plus, ajouté à l'article 184 un second paragraphe, qui punit la violation de domicile de la part d'un simple particulier. Elle a comblé une lacune de la législation de 1830 qui ne prévoyait pas ce cas.

Nous reviendrons plus tard, en détail, sur ce point, en examinant, dans un chapitre à part, la violation de domicile commise par un simple particulier.

Avant de passer à l'examen des exceptions apportées au principe de l'inviolabilité du domicile par abus d'autorité, il nous reste à examiner quelques questions générales. — Il nous faut déterminer le sens du mot *domicile*, celui du mot *citoyen* employé par l'article 184, et examiner le cas où la violation de domicile ne constitue plus un délit spécial. Pour déterminer le sens et l'étendue du mot domicile, il faut se rappeler que le législateur, en édictant l'article 184, a eu en vue de protéger la personne du citoyen, sa sécurité et sa tranquillité bien plutôt que sa propriété, sa chose. Aussi faut-il donner du domicile une définition plus large que celle qui est contenue au Code civil. Le mot domicile est ici synonyme de maison, et nous définirions donc le domicile au sens de l'article 184 des constitutions de l'an III et de l'an VIII, et de la loi du 28 germinal an VI, article 131 : « *Le lieu qui sert à l'habitation ou à la résidence réelle d'un citoyen.* » Le Code pénal, dans d'autres ar-

ticles tels que 434, 390, 392, 276, a défini le domicile, mais, en notre matière, nous ne pouvons nous tenir à ses définitions.

De la définition qui précède, nous pouvons conclure que le fait de s'introduire dans l'enceinte d'une habitation contre le gré du propriétaire est puni par la loi. Le délit existe donc que l'on soit entré dans la maison ou dans une de ses dépendances, pourvu que cette dépendance soit comprise dans la même clôture. C'est ce qu'a décidé la Cour de Limoges (1).

La jurisprudence, par plusieurs arrêts, a décidé qu'il faut que le lieu serve à l'habitation et n'y soit pas simplement destiné; de sorte qu'il n'y a pas de violation de domicile dans le fait de s'introduire dans une maison inoccupée et qui n'est pas habitée par son propriétaire. Ainsi a jugé la Cour de Bourges (2). De même la Cour de Douai a déclaré « que la maison dans laquelle X. prétend que les inculpés se sont introduits contre son gré, ne peut être considérée comme étant son domicile, puisqu'il ne l'habitait pas, et qu'il ne s'y trouvait que momentanément et pour la visiter; que sous ce rapport le fait imputé aux prévenus ne constitue pas le délit prévu par l'article 184, C. pénal (3). »

Du reste, il n'est pas nécessaire qu'une personne soit propriétaire de la maison où un tiers s'est introduit contre son gré; il suffit qu'elle ait le droit d'y demeurer.

(1) Limoges, 30 avril 1857 (Dalloz, 1859,2,205).

(2) Bourges, 4 juin 1885 (S. 87,2,180).

(3) S. 87,2,180, note.

Mais doit-on considérer comme une violation de domicile le fait par un individu qui pouvait pénétrer librement dans un domicile sans commettre de délit, d'en ouvrir les meubles? En d'autres termes, doit-on faire entrer dans la définition du mot *domicile* non seulement l'habitation et toutes ses parties, mais aussi les meubles qu'elle peut contenir.

La jurisprudence s'est prononcée dans le sens de l'affirmative. La Cour de Paris a rendu en 1849 un arrêt en ce sens⁽¹⁾, dans l'espèce suivante : Deux individus ayant l'habitude de pénétrer librement dans la chambre de leur coassocié, firent ouvrir un secrétaire pour connaître certains papiers qui contenaient des secrets de famille. Traduits en police correctionnelle, le tribunal de la Seine les renvoya de la plainte de violation de domicile portée contre eux pour le motif que les faits constatés pendant le cours des débats ne constituaient pas le délit prévu par l'article 184. Sur l'appel interjeté par le ministère public, la Cour de Paris réforma la sentence du tribunal et rendit un jugement de condamnation basé sur ce que, le mot « domicile, » dans le texte et dans l'esprit de la loi pénale, est une expression générique dont le sens complexe comprend tout à la fois non seulement le logement et chacune de ses parties, mais encore les meubles qui y sont contenus; — qu'il suit de là que l'ouverture à l'aide de crochets des meubles qui contiennent les secrets de la vie privée ou de famille, est une

(1) Cour de Paris (D. 1851,2,214).

atteinte violente à l'inviolabilité du domicile et qui tombe sous la répression dudit article 184.

Certains auteurs⁽¹⁾, au contraire, considèrent l'effraction ou l'ouverture des meubles comme ne constituant pas le délit de violation de domicile. Le mot *domicile*, suivant eux, ne peut s'appliquer qu'à l'habitation même et non à tout ce qu'elle contient.

Nous croyons cependant que la théorie de la jurisprudence est préférable. En effet, il y a délit de violation de domicile dès qu'on a pénétré la vie privée d'un particulier à l'aide de violences ou de menaces et contre le gré de l'intéressé. A supposer l'intéressé absent, et la porte de sa demeure ou ses meubles fermés, si on s'est servi de la violence pour franchir le seuil de sa maison ou ouvrir les meubles, il y a délit. L'article 184 par le mot *domicile* a voulu désigner l'ensemble de l'habitation y compris les meubles, car autrement sa protection de la loi se restreindrait à la clôture extérieure des maisons qui dans bien des cas, est forcément ouverte à tous, ou bien à la chambre où se trouverait la victime du délit, et des faits lui causant un préjudice bien plus évident ne tomberaient pas sous le coup de la loi.

L'article 184 emploie le mot *citoyen*. Quelle est sa signification. Voudrait-on dire par là que la maison d'un étranger habitant la France n'est pas défendue par le principe de l'inviolabilité du domicile? Cette expression employée par le Code nous la trouvons aussi dans la Constitution de l'an III qui dit

(1) Garraud : *Traité de droit pénal*, t. III, p. 43.

que la maison de chaque *citoyen* est un asile inviolable, dans la loi du 28 germinal an VI, article 131, dans le Code de 1810. Et d'abord le mot *citoyen* ne désigne pas seulement un Français jouissant des droits politiques, mais tout Français jouissant des droits civils. Aussi un mineur émancipé, une femme, un failli, bénéficient du principe de l'inviolabilité du domicile. Quant aux étrangers, la question est discutable. On peut dire que l'inviolabilité du domicile est une garantie assurée par les constitutions, que c'est une disposition de droit public dont seuls les Français peuvent bénéficier; que par conséquent le mot *citoyen* employé par l'article 184 s'il désigne tout Français jouissant ou non des droits politiques ne peut s'appliquer aux étrangers.

Nous croyons néanmoins que les étrangers ont, eux aussi, droit à cette garantie. D'abord la Constitution de l'an VIII, dans son article 76, dit : « La maison de toute personne habitant le territoire français est un asile inviolable, » ce qui comprend bien les étrangers habitant la France. La Constitution de 1848, article 3, dit à son tour : « La demeure de toute personne habitant le territoire français est inviolable; il n'est permis d'y pénétrer que selon les formes et dans les cas prévus par la loi. » Ce qui prouve que dans cet article de la Constitution on a voulu mettre les étrangers sur le même pied que les Français c'est que le projet de constitution était rédigé ainsi : « *la demeure de chaque citoyen est inviolable*, » ce qui aurait limité aux citoyens seuls l'inviolabilité du domicile. Sur l'observation de M. Isambert on substitua à cette expression, les mots : « toute personne ha-

bitant le territoire français. » « Ce n'est pas au titre de citoyen que le droit est attaché, c'est au domicile lui-même, disait M. Isambert; peu importe donc qui habite la maison. »

Si la loi restreint souvent la liberté des étrangers il ne s'ensuit pas que le fait de s'introduire dans la maison de l'étranger habitant la France soit permis en dehors des cas et sans les formalités déterminées pour les Français. Aussi pensons nous avec M. Serrigny que « si les lois de police et « de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire, ils « doivent jouir de la sécurité pour leur personne et leur domicile comme ils jouissent de la garantie sociale pour leur « propriété (1). »

L'article 184 ne prévoit le délit de violation de domicile que comme délit spécial et principal. Mais en dehors de ce cas, il arrivera souvent que la violation de domicile ne sera qu'un moyen pour arriver à commettre un autre délit tel qu'un vol, ou un assassinat. Comment résoudra-t-on les différentes questions qui se poseront alors?

Premièrement la violation de domicile pourra-t-elle être considérée comme un commencement d'exécution du délit que l'agent voulait commettre? Cela dépendra des circonstances. Le fait par un individu de s'introduire la nuit dans une maison, avec l'intention de voler, peut être considéré comme un commencement d'exécution du crime de vol et être puni comme tentative de ce crime par application des principes généraux.

(1) Serrigny : *Droit public*, t. I, p. 407.

Quand il y a eu tentative d'un autre délit, le délit de violation de domicile sera-t-il absorbé par le premier de beaucoup plus grave? Cette question doit être résolue en appliquant les principes de la théorie du concours d'infractions multiples. Quant au délit lui-même de violation de domicile il ne comporte pas de tentative puisqu'il suffit d'un commencement d'exécution pour troubler la maison et constituer le délit.

CHAPITRE II.

DE L'INVIOLABILITÉ DU DOMICILE PENDANT LA NUIT.

Si le principe de l'inviolabilité du domicile a été inscrit dans les différentes constitutions et a reçu sa sanction de l'article 184 du Code pénal, il ne pouvait être absolu. Le domicile devait, dans certaines circonstances déterminées, s'ouvrir même contre le gré du citoyen. Aussi la loi a-t-elle admis des exceptions au principe. En les édictant, elle ne compromet point la sécurité des citoyens, car les besoins sociaux les légitiment. La loi devait, comme elle l'a fait, régler et déterminer d'une façon exacte les différents cas dans lesquels le domicile ne serait pas respecté, énumérer les formalités que les agents de l'autorité devaient observer en pareil cas, en réglant minutieusement ces formalités.

C'est ce que nous allons examiner dans le présent chapitre. Pour déterminer les cas exceptionnels dans lesquels on peut pénétrer dans le domicile du particulier, il faut distinguer suivant qu'on y pénètre pendant le jour ou pendant la nuit. Et tout d'abord disons ce que c'est que le jour, ce que c'est que la nuit.

Le législateur n'a pas posé une règle générale pour dé-

terminer d'une façon uniforme à quel moment commence le jour et quand il finit. Nous trouvons plusieurs textes qui fixent le jour et la nuit de façons différentes. Ainsi la loi du 22 mars 1841, sur le travail des enfants dans les manufactures, détermine uniformément la durée de la nuit pour toute l'année, et déclare qu'elle s'étend de neuf heures du soir à cinq heures du matin. La loi du 28 avril 1816 sur l'introduction des boissons dans un lieu sujet aux droits d'entrée la détermine suivant les différents mois de l'année. Le législateur en aucun cas ne tient compte du jour solaire sujet à des variations quotidiennes qui auraient été dans la pratique l'occasion de continuelles difficultés.

S'agissant de l'inviolabilité du domicile, nous avons plusieurs lois auxquelles nous pouvons nous référer pour déterminer ce qu'il faut entendre par la nuit et le jour.

Le décret du 4 août 1806 se référant aux prescriptions de la loi du 28 germinal an VI, article 131, qui défend aux gendarmes de pénétrer dans le domicile d'un citoyen pendant la nuit, décidait que le temps de nuit serait réglé conformément à l'article 1037 du Code de procédure civile.

Cet article est ainsi conçu :

« Aucune signification ni exécution ne pourra être faite
« depuis le 1^{er} octobre jusqu'au 31 mars avant six heures du
« matin et après six heures du soir; et depuis le 1^{er} avril
« jusqu'au 30 septembre avant quatre heures du matin et
« après neuf heures du soir; non plus que les jours de fête
« légale si ce n'est en vertu de permission du juge dans les
« cas où il y aurait péril en la demeure. »

Un autre décret encore en vigueur des 1^{er} mars-11 avril 1854, relatif à l'organisation de la gendarmerie (art. 291), se réfère à notre matière :

Art. 291. « La maison de chaque citoyen est un asile où
« la gendarmerie ne peut pénétrer sans se rendre coupable
« du délit d'abus de pouvoir, sauf les cas déterminés ci-
« après :

« 1^o Pendant le jour elle peut y entrer pour un motif for-
« mellement exprimé dans une loi ou en vertu d'un mandat
« spécial de perquisition décerné par l'autorité compétente.

« 2^o Pendant la nuit, elle peut y pénétrer dans le cas
« d'incendie, d'inondation ou de réclamation venant de l'in-
« térieur de la maison.

« Dans tous les autres cas, elle doit prendre seulement,
« jusqu'à ce que le jour ait paru, les mesures indiquées aux
« articles suivants. »

Quand fait-il jour?

Du 1^{er} octobre au 31 mars, depuis six heures du matin jusqu'à six heures du soir.

Du 1^{er} avril au 31 septembre, depuis quatre heures du matin jusqu'à neuf du soir.

C'est ce dernier décret qui, du reste, ne fait que reproduire l'article 1037 du Code de procédure civile, qui doit nous guider dans notre matière.

Une difficulté s'est élevée au sujet de la détermination du temps que dure la nuit, à l'occasion des mots « si ce n'est
« en vertu de permission du juge, dans les cas où il y au-
« rait péril en la demeure, » employés par l'article 1037.

Ces mots s'appliquent-ils seulement aux fêtes légales ou aussi aux heures légales?

Le Code de procédure contient des dispositions relatives à l'exécution de la contrainte par corps et aux exécutions en général : ce sont notamment les articles 781 et 1037. Plusieurs auteurs ont supposé qu'il était permis par les dispositions d'opérer une arrestation dans une maison, même la nuit, si le juge, pour cause de péril en la demeure, en donne la permission; de là ils ont conclu qu'un mandat d'arrêt ou une ordonnance de prise de corps en matière criminelle, réalisent la condition voulue, puisqu'il y a ordre du juge. Ces auteurs analysent inexactement des textes qu'ils invoquent. L'article 781 commence par interdire l'arrestation pour dettes, pendant *la nuit* ou un *jour férié*; puis afin de faire respecter le principe de l'inviolabilité du domicile, il ajoute que le débiteur ne pourra être arrêté dans une maison quelconque, même dans son domicile, à moins qu'il n'en ait été ainsi ordonné par le juge de paix du lieu, lequel se transportera dans la maison avec l'officier ministériel : Cela n'est écrit pour le jour. Quant à l'article 1037, les mots *si ce n'est en vertu de permission du juge*, ne peuvent se référer qu'aux exécutions opérées les jours fériés et non en dehors des heures légales. Cette permission du juge, à laquelle laisse place l'article 1037, a pour but de remédier aux inconvénients de la règle, qui défend de procéder aux exécutions les jours fériés.

D'ailleurs, la construction grammaticale du texte, montre bien que ces mots ne s'appliquent qu'à la seconde partie de

l'article. Le décret de 1854 a du reste tranché la question contre l'opinion des auteurs que nous combattons, car, en reproduisant les termes de l'article 1037, il a eu soin de ne pas y ajouter les mots en question ⁽¹⁾.

Maintenant que nous avons déterminé ce qu'on entend par nuit, nous allons examiner les différentes exceptions admises par le législateur au principe de l'inviolabilité du domicile pendant la nuit.

Les exceptions à ce principe, sont pour la nuit assez peu nombreuses.

Le législateur a dû se montrer plus sévère pour la nuit que pour le jour, car le repos des citoyens aurait été troublé si de nombreuses exceptions avaient été admises.

Les cas dans lesquels le domicile d'un citoyen cesse d'être inviolable sont les suivants :

1° En cas d'incendie, d'inondation ou de réclamation venant de l'intérieur ;

2° Quand il s'agit des lieux publics où tout le monde est admis indistinctement ;

3° Quand il s'agit des maisons où l'on joue habituellement à des jeux de hasard et les maisons de débauche ;

4° Pour les brasseries et distilleries en activité.

I. — En cas d'incendie, d'inondation ou de réclamation venant de l'intérieur de la maison, le domicile de tout citoyen cesse d'être inviolable. Différentes lois et constitu-

(1) Berriat Saint-Prix : *Cours de proc.*, t. I, p. 157; Carré et Chauveau ; t. VI, n° 3422.

tions ⁽¹⁾, en posant le principe de l'inviolabilité du domicile, ont réservé cette condition. Du reste, le principe de l'inviolabilité du domicile n'est nullement atteint par cette exception, car elle est établie précisément dans l'intérêt des habitants de la maison, et surtout dans le cas où il y a appel venant de l'intérieur, on ne peut dire qu'il y ait violation de domicile, car pour que ce délit existe, il faut que l'entrée dans une demeure ait lieu contre le gré du propriétaire; or, ici, ce dernier, au contraire, non seulement autorise l'entrée dans sa maison des agents de l'autorité, mais encore la sollicite.

On peut dire que ces exceptions sont les seules que comporte, pour la nuit, le principe de l'inviolabilité du domicile. Les autres exceptions ayant trait à des maisons ouvertes au public ne sont que des exceptions apparentes au principe.

II. — Le principe de l'inviolabilité du domicile pendant la nuit ne s'applique pas aux maisons ouvertes au public. La loi des 19-22 juillet dit qu' « à l'égard des lieux où tout « le monde est admis indistinctement, tels que cafés, cabarets, boutiques et autres, les officiers de police pourront « toujours y entrer, soit pour prendre connaissance des désordres ou contraventions aux règlements, soit pour vérifier les poids et mesures, le titre des matières d'or et d'argent, la salubrité des comestibles et médicaments. Ils « pourront aussi entrer en tout temps dans les maisons où

(1) Lois des 19-22 juill. 1791, tit. 4, art. 8; Loi du 5 fruct. an III, art. 359; Loi du 28 germ. an VI, art. 134; Loi du 22 frim. an VIII, art. 76.

« l'on donne habituellement à jouer des jeux de hasard et
« dans les lieux livrés notoirement à la débauche⁽¹⁾. » Des
difficultés sont nées des expressions *toujours* et en *tout*
• *temps*, employées par la loi. L'Assemblée législative, par
un décret du 24 septembre 1792, déclara que ces expres-
sions signifiaient que les officiers de police ont le droit d'en-
trer, même pendant la nuit, dans les maisons ouvertes au
public. La difficulté était de savoir ce qu'il fallait entendre
par nuit. Devait-on faire application, dans notre cas, des dis-
positions du décret de 1806, qui renvoie à l'article 1037 du
Code de procédure civile?

La majorité des auteurs, l'unanimité même, et la juris-
prudence, ont décidé qu'il ne fallait point suivre l'article
1037 pour déterminer ce qu'entendent par la nuit le décret
de 1792 et la loi de 1791. Voici par quel raisonnement on
arrive à cette solution.

Qu'est-ce qui confère aux officiers publics le pouvoir d'en-
trer dans les lieux publics? Ce sont les articles 9 et 10 de la
loi de 1791. Or des termes employés par ces articles que
nous avons reproduits, il semble résulter que le droit de
visite accordé aux officiers de police est subordonné pen-
dant la nuit à l'ouverture même de ces lieux, c'est-à-dire
qu'il ne peut être exercé que pendant le temps qu'ils sont
ouverts au public. C'est ce qui ressort d'une façon irréf-
utable des expressions employées par la loi « à l'égard des
« lieux où tout le monde est admis indistinctement. » Ce

(1) Loi des 19-22 juillet 1791, art. 9, 10.

n'est donc que pendant le temps que le public est admis dans ces lieux que la loi a voulu que les officiers publics le fussent aussi. Une fois ces établissements fermés, ils deviennent des lieux privés.

La Cour de cassation a consacré cette interprétation ⁽¹⁾.

Voici l'espèce dans laquelle elle avait à juger : L'adjoint au maire de la ville de Sézanne, accompagné du vérificateur des poids et mesures, avait saisi des poids faux chez deux épiciers chez lesquels ils avaient pénétré la nuit. Ces deux commerçants ayant été traduits devant le tribunal de simple police, ce tribunal annula la citation et renvoya les prévenus en se fondant sur ce que d'après les articles 76 de la Constitution de frimaire an VIII et autres textes, il n'est pas permis aux officiers de police de pénétrer la nuit dans le domicile des citoyens.

Le procureur général Mourre déféra ce jugement à la Cour de cassation dans l'intérêt de la loi; dans son réquisitoire, après avoir exposé la législation relative à l'inviolabilité du domicile pendant la nuit et aux exceptions qu'elle comporte, il s'arrêta à la loi du 22 juillet 1791, applicable au cas que la Cour avait à examiner. Voici le sens qu'il donna au mot « toujours » employé par l'article 9 de cette loi. »

« Le mot toujours, dit le procureur général, signifie-t-il que la visite est permise pendant la nuit, lors même que la boutique est fermée? L'exposant ne le croit pas; il pense que l'officier public, accompagné du vérificateur, peut bien

(1) Cass., 19 nov. 1829, *Journal du Palais*, 1829, p. 1529.

entrer la nuit dans tous les lieux publics où il y a une vérification à faire, mais par le motif seulement que le public y est admis. Car il serait absurde que par ces expressions dont s'est servie la loi « à l'égard des lieux où tout le monde est admis indistinctement, » elle eût voulu faire entendre que l'admission du public pendant le jour autorise l'introduction de l'officier public pendant la nuit. Cela ne peut signifier autre chose sinon que quand un lieu, où tout le monde est admis indistinctement, est ouvert pendant la nuit et que tout individu peut y entrer, il doit être bien permis à l'officier public de s'y introduire. »

Ainsi donc le mot *toujours* qui se trouve dans le texte ne signifie pas que la visite des agents de l'autorité est permise même pendant la nuit alors que sont fermés des lieux habituellement ouverts au public.

Cette interprétation adoptée par la majorité des auteurs et par la jurisprudence, s'appuie de plus sur l'article 235 de la loi du 28 avril 1816 qui dispose que les employés peuvent se présenter chez les débitants de boissons pendant tout le temps que les lieux de débit seront ouverts au public, et sur l'article 129 de la loi du 28 germinal an VI qui autorise la gendarmerie à visiter les auberges, cabarets et autres maisons ouvertes au public, même pendant la nuit, jusqu'à l'heure où lesdites maisons doivent être fermées d'après les règlements de police ⁽¹⁾.

L'interprétation donnée par la jurisprudence, si elle éta-

(1) Chauveau et Hélie, t. III, 865; Blanche, t. III, n. 447; Garraud, t. III, 303, n. 22; Dalloz, *Rép. lég.*, Lib. ind., n° 56.

blit une précieuse garantie pour l'inviolabilité du domicile, offre aussi aux cabaretiers et autres personnes tenant des lieux ouverts au public, un moyen facile d'éluder les règlements de police. En effet, ils n'auraient qu'à tenir leur porte fermée pour pouvoir conserver des consommateurs dans leur établissement pendant toute la nuit. Aussi, la Cour de cassation a jugé que, dans ce cas, les officiers municipaux peuvent y entrer pour constater l'infraction au règlement de police. Car s'il est vrai de dire que le domicile de ces débitants est inviolable la nuit comme celui des autres citoyens, ce principe ne peut les protéger qu'autant qu'ils se conforment eux-mêmes aux règlements de police. Si donc, après l'heure où leur établissement doit être fermé, ils reçoivent encore des consommateurs, les agents de l'autorité, même quand ils trouvent la porte de l'établissement fermée, peuvent y pénétrer du moment qu'ils constatent de l'extérieur la présence de personnes à l'intérieur. Ils ne commettent point une violation de domicile, à moins qu'ils n'aient pénétré dans la maison sans être suffisamment sûrs de la contravention qu'ils recherchaient. La loi de 1791 dispose, en effet, que les agents peuvent s'introduire dans les lieux où le public est admis pour constater les désordres ou contraventions aux règlements, c'est-à-dire s'y introduire eux-mêmes à toute heure où le public s'y trouve encore, fût-ce après l'heure à laquelle l'établissement devait être fermé pour tous : auquel cas il y a une contravention à constater et à réprimer ⁽¹⁾.

(1) D. 60,5,417; D. 1872,1,131.

Dans le cas où l'agent est entré dans un cabaret après l'heure de la fermeture pour constater une infraction aux règlements de police, il ne commet pas de violation de domicile, même quand il ne rencontre aucun consommateur et ne constate aucune contravention, s'il est entré sans opposition de la part du maître, par exemple, si celui-ci lui a ouvert la porte ⁽¹⁾.

La loi des 19-22 juillet, article 10, permet, en outre, aux agents de l'autorité, de s'introduire en tout temps dans les maisons où l'on donne habituellement à jouer aux jeux de hasard et dans les lieux livrés notoirement à la débauche.

Les mots « en tout temps » de l'article 10 doivent s'entendre de la même façon que le mot « toujours » employé par l'article 9 de la même loi. Enfin, la loi ne permet l'entrée des agents dans ces lieux que s'ils lui ont été désignés par deux citoyens domiciliés.

III. — La troisième exception au principe de l'inviolabilité du domicile pendant la nuit est contenue dans l'article 235 de la loi du 28 avril 1816 ⁽²⁾, dont voici les termes : « Les visites et exercices que les employés sont autorisés à faire pourront être faits la nuit dans les brasseries, distilleries, lorsqu'il résultera des déclarations que ces établissements sont en activité. »

La loi s'est montrée très sévère pour les règles à imposer aux brasseurs et distillateurs, afin d'éviter les fraudes que

(1) D. 1869, 5, 406.

(2) Duvergier : t. XX, p. 417.

ces derniers auraient pu commettre facilement. Aussi, les droits dont la régie a été investie pour les surveiller sont-ils très étendus.

Les employés des contributions, outre qu'ils peuvent exiger des brasseurs et distillateurs certaines déclarations énumérées par la loi, ont le droit d'assister à toutes les opérations et en contrôler la régularité. Comme les brasseurs ou distillateurs ont le droit d'allumer les feux pendant la nuit, il fallait permettre aux employés de la régie de pénétrer chez eux même la nuit afin d'exercer leur surveillance.

La loi de 1816 a suborné le droit de visite de nuit des employés de la régie à la condition que les établissements seraient en activité; d'ailleurs ils ne sont pas obligés de se faire assister dans leurs visites chez les brasseurs par un officier de police, cette obligation ne leur étant imposée que lorsqu'ils veulent faire des visites chez des particuliers non sujets à l'exercice du droit de visite ⁽¹⁾.

Lorsque les employés des contributions indirectes procèdent aux visites chez les brasseurs, ils doivent n'éprouver de la part de ces derniers aucune espèce d'entrave ni d'obstacle. Ils doivent jouir de toute la sécurité qui est due à des fonctionnaires publics dans l'exercice de leurs fonctions. Les brasseurs qui contreviennent à ces règles commettent la contravention de refus d'exercice, délit puni par la loi d'amendes fort élevées. C'est ce que la Cour de cassation a décidé en infirmant un arrêt de la Cour de Paris, et dans

(1) Cass. crim. du 28 février 1828.

son arrêt elle a compris sous le nom de refus d'exercice non seulement tout trouble, ou empêchement causé par un refus formel, des voies de fait, des menaces, mais même la simple opposition de la part d'un débitant à l'exercice ne fût-elle que purement verbale ⁽¹⁾.

Les brasseurs doivent en outre, quand ils sont soumis aux visites domiciliaires, ouvrir à toutes réquisitions leurs maisons, brasseries, etc., aux employés des contributions indirectes. Tels sont les termes de l'article 125 de la loi de 1816, qui, ne distinguant pas entre les visites de nuit et celles de jour s'applique aux unes et aux autres. La Cour de cassation a jugé en ce sens ⁽²⁾.

Les employés de la régie ont aussi le droit, s'ils jugent que l'opération n'est pas terminée à la tombée de la nuit, de prolonger leur visite bien que le distillateur prétende que les matières ne peuvent plus produire d'alcool ⁽³⁾.

Tels sont les droits que l'administration des contributions indirectes a sur les brasseries et distilleries. Un décret de 1852 ⁽⁴⁾ concernant des fabriques de sucre, glucose, etc., prescrit que les employés des contributions indirectes seront logés dans la fabrique et de plus qu'il leur sera remis une clef de la fabrique. Ainsi les employés peuvent exercer une surveillance plus sérieuse que par les visites qu'ils avaient le droit de faire même pendant la nuit.

(1) Cass. crim. du 7 octobre 1830.

(2) Cass. crim. du 6 mars 1828.

(3) Cour d'Aix, 26 août 1875.

(4) Duvergier, 52, p. 628, art. 1, 2. Décret du 1^{er} sept. 1852.

Un règlement d'administration publique⁽¹⁾ sur les distilleries autres que celles qui mettent en œuvre des vins, cidres, poirés, marcs, fruits, autorise les employés de la régie des contributions indirectes à pénétrer dans les distilleries à toute heure de jour et de nuit et à y exercer une surveillance permanente lorsqu'il existe dans les ateliers des matières en fermentation ou des liquides susceptibles d'être livrés à la distillation ou à la rectification.

Un autre décret portant règlement d'administration publique contient les mêmes règles pour les distilleries de vins, cidres, poirés, etc.⁽²⁾.

L'article 236 de la loi de 1816 accorde aux employés de la régie le droit de faire des visites chez les débitants de boissons pendant tout le temps que leurs établissements restent ouverts au public. Cette loi donne aux employés des contributions indirectes le même droit que les officiers de police tenaient de la loi de 1791.

Tels sont les cas où le domicile d'un citoyen cesse d'être inviolable pendant la nuit. On voit qu'ils sont peu nombreux, le législateur ne les a admis que parce qu'ils étaient imposés par la nécessité.

On a prétendu que l'article 36 du Code d'instruction criminelle autorisait d'autres cas de violation de domicile. Nous croyons qu'il n'en reste pas; nous le prouverons en étudiant, dans le chapitre suivant, les cas de violation de domicile pendant le jour et le droit de perquisition du Procureur.

(1) Décret du 18 juillet 1878. Duvergier, 78, p. 451, art. 1.

(2) Décret du 20 juillet 1878, art. 1. Duvergier, 78, p. 457.

reur de la République et de ses auxiliaires en cas de flagrant délit.

Enfin les articles 615, 616 du Code d'instruction criminelle nous offrent une autre exception au principe de l'inviolabilité du domicile pendant la nuit. Il résulte de ces articles que les officiers de police judiciaire doivent se transporter d'office ou sur l'avis qu'ils en auraient reçu dans le lieu où une personne est illégalement détenue, sous peine d'être poursuivis comme complices de détention arbitraire.

CHAPITRE III.

DE L'INVIOLABILITÉ DU DOMICILE PENDANT LE JOUR.

Le principe de l'inviolabilité du domicile reçoit beaucoup plus d'exceptions pendant le jour que pendant la nuit. La loi a dû les admettre dans l'intérêt de la justice pour permettre la recherche des crimes, délits, et contraventions. Ces exceptions d'ailleurs offrent beaucoup moins d'inconvénients que celles que reçoit pendant la nuit le principe de l'inviolabilité du domicile.

Le citoyen dont le domicile est envahi, peut plus facilement se rendre compte des abus de pouvoir commis par le représentant de l'autorité et dans tous les cas son repos n'est pas troublé.

Si la loi a admis de nombreuses hypothèses dans lesquelles l'entrée pendant le jour des agents de l'autorité dans un domicile privé ne constitue pas un délit, ces cas sont cependant limités et soumis à certaines règles nécessaires à la garantie des citoyens. — Le législateur n'a eu en vue en les édictant que l'intérêt public et social; aussi dans tous les textes qui se rapportent à cette matière, a-t-il spécifié d'une

façon minutieuse les différentes atteintes qu'il apportait au principe de l'inviolabilité du domicile.

La Constitution de l'an III dans son article 359 s'exprimait d'une façon fort précise : « Aucune visite domiciliaire ne peut avoir lieu qu'en vertu d'une loi et pour la personne ou l'objet expressément désigné dans l'acte qui ordonne la visite. »

La Constitution du 22 frimaire an VIII, article 76, autorise l'entrée pendant le jour dans le domicile d'un citoyen, pour un objet spécial, déterminé, ou en vertu d'une loi ou d'un ordre émanant de l'autorité publique.

L'article 184 du Code pénal semble s'être inspiré de la Constitution de l'an III. Les termes qu'il emploie le font supposer; les mots « hors de cas prévus par la loi et sans les formalités qu'elle a prescrites » ne sont qu'une répétition de l'article 359 de la Constitution.

Dans quels cas la violation du domicile privé est-elle possible pendant le jour? Tel est le sujet du présent chapitre.

Tout d'abord il est bien évident que les particuliers doivent se soumettre pendant le jour aux visites domiciliaires qu'ils doivent subir pendant la nuit.

Les cas dans lesquels la loi a permis ces visites pendant le jour sont assez nombreux; nous les rangerons dans quatre catégories principales à savoir : 1° Surveillance exercée par les agents de l'autorité pour prévenir les infractions aux lois de police et de sûreté; 2° Recherche des crimes et délits; 3° exécution des jugements ou condamnations; 4° exécution des lois sur les contributions publiques.

SECTION I.

Surveillance exercée par les agents de l'autorité publique pour prévenir les infractions aux lois de police et de sûreté.

La surveillance exercée par les agents de l'autorité pour prévenir les infractions aux lois de police et de sûreté est réglée par l'article 8 du titre I^{er} de la loi des 19-22 juillet 1791 qui fait une distinction entre les domiciles privés et les lieux publics où tout le monde est admis indistinctement.

L'article 8 s'applique aux premiers. En voici les termes :
« Nul officier municipal, commissaire ou officier de police
« municipal ne pourra entrer dans les maisons des citoyens
« si ce n'est pour la confection des états ordonnés par les
« articles 1^{er}, 2 et 3 et la vérification des registres des lo-
« geurs. »

Les articles 9 et 10 de la même loi s'appliquent aux lieux publics où les officiers municipaux peuvent entrer pour vérifier les poids et mesures, le titre des matières d'or et d'argent, la salubrité des comestibles et médicaments et pour constater les contraventions aux règlements. Nous avons dit qu'ils pouvaient entrer dans ces endroits la nuit comme le jour. Il est de même pour les maisons de jeux de hasard et les maisons de débauche.

Les officiers de police municipale peuvent aussi entrer dans les mêmes lieux pour rechercher les personnes qui auraient été signalées à la justice ⁽¹⁾.

(1) L. 19-22 juillet, art. 129 ; L. du 28 germ. an VI.

SECTION II.

Recherche des crimes et délits.

§ I.

Droit de perquisition des juges d'instruction ou visites domiciliaires.

Venons aux exceptions au principe de l'inviolabilité du domicile, admises par la loi en vue de la recherche des crimes et délits. Elles sont nécessaires pour arriver à la répression des infractions; il fallait accorder à certains magistrats le droit de s'introduire dans le domicile des particuliers, d'y faire des perquisitions, afin d'arriver à la découverte des coupables, et cela, non seulement dans le domicile du prévenu, mais encore au domicile des tiers où il peut s'être réfugié. La sécurité, l'existence même de la société, exigeaient qu'on portât cette atteinte grave à notre principe. Les citoyens, cependant, trouveront des garanties suffisantes dans la personne des magistrats que la loi a chargé d'opérer ces perquisitions et dans les règles auxquelles elle les a soumis dans l'accomplissement de leur mission.

Quels sont les magistrats auxquels la loi confère le droit de procéder à des visites domiciliaires ou à des perquisitions? En règle générale, on peut dire que c'est le juge d'instruction. Si d'autres officiers de police judiciaire l'exercent aussi, c'est dans des cas exceptionnels : ainsi en est-il

en cas de flagrant délit pour le procureur et pour ses auxiliaires.

Le juge d'instruction, au contraire, a le droit de procéder à une visite domiciliaire dans tous les cas. Ce droit que la loi lui accorde est très grave ; aussi faut-il en limiter l'étendue et les règles avec le plus grand soin, car il constitue une des restrictions les plus importantes au principe de l'inviolabilité du domicile.

Les articles du Code d'instruction criminelle relatifs à cette matière sont ainsi conçus. Art. 87 : « Le juge d'instruction « se transportera, s'il en est requis, et pourra même se transporter d'office dans le domicile du prévenu pour y faire « la perquisition des papiers, effets, et généralement de tous « les objets qui seront jugés utiles à la manifestation de la « vérité. » — Art. 88 : « Le juge d'instruction pourra pareillement se transporter dans les autres lieux où il présumerait qu'on aurait caché les objets dont il est parlé dans « l'article précédent. » Une première idée se dégage de la lecture de ces deux textes : c'est que le pouvoir du juge est illimité. La loi ne distingue pas suivant qu'il y a crime ou délit, suivant que le délit est flagrant ou non. Le juge d'instruction est, dans tous les cas, libre de procéder à des visites domiciliaires, sans que son droit comporte de restrictions. Le droit du juge d'instruction pour effectuer des visites domiciliaires est indéfini, et n'a d'autres bornes que celles que lui impose sa prudence ; la loi a présumé que ce magistrat ne perdrait de vue, en aucune occasion, que son devoir est de ne jamais exercer inutilement des actes rigoureux, de ne

point faire dégénérer la faculté d'investigation qu'elle lui accorde en une inquisition odieuse, qui deviendrait en quelque sorte une violation de domicile ⁽¹⁾.

Si le pouvoir du juge d'instruction est exorbitant, son caractère de juge, l'indépendance de ses fonctions, son impartialité envers les parties, sont une garantie pour les citoyens. Le juge d'instruction ne procédera à une visite domiciliaire qu'après mûre réflexion et seulement lorsqu'il croira cette mesure nécessaire et autorisée par la loi.

Quelque liberté d'action qui soit laissée au juge d'instruction dans son pouvoir de procéder à des visites domiciliaires, son droit est cependant soumis à plusieurs conditions. — Déjà, dans l'ancien droit, où cependant le principe de l'inviolabilité de domicile n'existait pas, le droit de procéder à une perquisition soit au domicile du prévenu, soit à celui d'un tiers, était subordonné à certaines conditions. Il fallait qu'il existât des indices de culpabilité contre le prévenu, qu'il fût à présumer que des pièces à conviction se trouvaient dans la maison soumise à la perquisition. — Jousse pose comme règle que les juges ne doivent permettre les visites que dans deux cas : 1° après une information qui donne quelque preuve ou indice sérieux contre un accusé ; 2° en cas de flagrant délit ⁽²⁾.

Dans notre droit, des textes soumettent le droit de perquisition du juge d'instruction à certaines conditions.

L'article 184 dispose qu'il n'est permis de violer le domi-

(1) Duverger : *Manuel des juges d'instruction*, t. I, p. 434.

(2) Jousse : t. II, p. 67.

cile d'un citoyen que *dans les cas prévus par la loi*. De même l'article 87 permet au juge d'instruction de se transporter dans le domicile du prévenu pour *saisir les objets utiles à la découverte de la vérité*. L'article 88 lui permet de visiter d'autres lieux où il présume qu'on aurait caché ces objets. L'article 89 dispose que l'article 36 est applicable au juge d'instruction; or cet article, relatif aux perquisitions que peut faire le procureur au domicile du prévenu en cas de flagrant délit, les subordonne à la condition suivante : « Si la nature du crime est telle que la preuve
« puisse vraisemblablement être acquise par les pa-
« piers ou autres pièces et effets en la possession du pré-
« venu. »

De tous ces textes, il résulte qu'une visite domiciliaire n'est possible que si un crime ou un délit est déjà constaté et qu'il y ait un prévenu; il faut, de plus, que l'information ait recueilli des indices graves de culpabilité contre le prévenu, car la visite domiciliaire a pour but de rechercher la preuve de la culpabilité, mais non le crime ou le coupable. Elle ne pourra avoir lieu qu'autant qu'il y aura présomption que la preuve du crime ou du délit se trouvera au domicile visité. Les visites domiciliaires doivent être considérées comme des actes d'instruction; elles servent à la recherche des preuves; ce n'est pas là une mesure de police ayant pour but la recherche des délits. « Renfermées dans ces limites, les visites domiciliaires sont des moyens légaux d'instruction admis dans tous les temps par le droit criminel. Mais lorsqu'on les fait dégénérer en mesures de

police administrative, elles sont illégales, oppressives, elles ne sont plus qu'un vil espionnage ⁽¹⁾. »

Les juges d'instruction doivent donc ne pas abuser des visites domiciliaires. Nous avons plusieurs circulaires du ministre de la justice les engageant, à plusieurs reprises, à restreindre le plus possible leurs descentes sur les lieux ⁽²⁾.

L'article 87 a donné lieu à une difficulté d'interprétation. « Le juge d'instruction, dit ce texte, se transportera s'il en « est requis et pourra même se transporter d'office dans le « domicile du prévenu : » faut-il dire comme il semble résulter des termes employés par la loi, que le juge d'instruction est tenu de se transporter dans le domicile quand il est requis et qu'au contraire son transport est facultatif quand il s'agit d'office.

Certains auteurs comme M. Legraverend et Carnot ⁽³⁾ soutiennent l'affirmative. Ce dernier s'appuie surtout sur les termes impératifs employés par l'article 87. D'ailleurs, M. Treilhard, orateur du gouvernement, a dit dans l'exposé des motifs : « c'est un devoir indispensable du juge d'instruction de réunir avec le soin le plus scrupuleux tout ce qui peut tendre à la découverte du coupable ; il devra donc se trans-

(1) Faustin Hélin : *Instruction criminelle*, t. IV, n° 1806 ; Boitard : p. 356 ; Mangin : *De l'instruction écrite*, t. I, p. 147.

(2) Circulaires du ministre de la justice, 1845, 1851.

(3) Legraverend : *Législation criminelle*, t. I, p. 246 ; Carnot : *Instruction criminelle*, t. I, p. 375.

porter, quand il sera requis et même d'office s'il le juge utile, soit dans la maison de l'accusé, soit dans tous les autres lieux où pourraient être cachées des pièces propres à manifester la vérité. »

Quoiqu'il semble résulter du texte de l'article 87 et des paroles de l'orateur du gouvernement que le juge d'instruction est obligé de procéder à des visites domiciliaires dès qu'il en est requis, nous soutenons avec MM. Mangin, Faustin Hélie, l'opinion contraire.

Il ne faut pas perdre de vue le principe qui doit nous guider dans la situation des difficultés qui se présentent à nous : la loi a voulu que le juge d'instruction fût indépendant du procureur ; c'est à lui qu'il appartient d'apprécier l'opportunité des mesures requises par le procureur ou par les parties. Tel est le principe : nous pensons que la loi n'a pas voulu y déroger quand il s'agit des visites domiciliaires. D'abord il ne faut pas donner aux expressions employées par l'article 87 un sens impératif ; elles ont trait au cas qui sera le plus fréquent, celui où le juge reconnaîtra l'utilité des perquisitions requises par le ministère public. L'article 71, Inst. crim., ne s'exprime-t-il pas de la même façon ? Et cependant tout le monde s'accorde à permettre au juge de ne pas entendre tous les témoins qui lui sont indiqués. C'est dans le même sens qu'il faut entendre l'article 87. Il faut surtout ne pas oublier que le caractère du juge d'instruction est pour les citoyens une garantie du respect de leur domicile : ce serait faire disparaître son indépendance que de l'obliger à se conformer aux réquisitions du ministère public sans avoir

le droit d'en peser l'utilité et la justice ⁽¹⁾. La jurisprudence s'est prononcée contre l'opinion que nous soutenons. Elle a jugé que le juge d'instruction *ne peut refuser de déférer aux réquisitions* du ministère public, lorsqu'elles ont pour but de compléter l'instruction d'une cause ou d'un délit ⁽²⁾.

L'article 88 donne le droit au juge d'instruction de se transporter dans « les autres lieux, » c'est-à-dire dans les lieux autres que le domicile du prévenu pour y rechercher les objets qui y seraient cachés. Que faut-il entendre par les expressions *autres lieux*? Ce sont tous ceux qui peuvent contenir les pièces à conviction. Les termes employés par la loi sont généraux; elle ne fait aucune exception. Le juge d'instruction cependant doit faire preuve de prudence et ne se transporter dans le domicile des tiers que si le fait incriminé est de telle nature qu'il doive être établi par la découverte des objets recherchés; il faut en outre qu'il y ait présomption que les objets ont été cachés dans ces lieux; enfin que la visite soit faite suivant les formes légales que nous énumérerons plus loin.

En dehors des termes généraux employés par l'article 88, ne peut-on pas trouver des cas dans lesquels le droit du juge d'instruction se trouve restreint? Peut-il par exemple faire des perquisitions chez un avocat, un avoué ou un notaire?

(1) Mangin : *op. cit.*, t. I, p. 148; Faustin Hélie, t. IV, n° 180; Dalloz : *Rép. de législ.*, v° *Inst. crim.*

(2) Grenoble, 14 octobre 1824.

Examinons d'abord la question en ce qui concerne les notaires, en nous éclairant des textes anciens. Une ordonnance de 1539, article 177, défendait aux notaires de communiquer les actes qu'ils avaient rédigés, à moins que ce ne fût ordonné par la justice. La loi du 25 ventôse an XI, dans son article 22, reproduisait cette disposition en autorisant le déplacement des actes dans les cas prévus par la loi. Une autre loi du 22 frimaire an VII, articles 52 et 54, prescrit aux notaires de communiquer leurs répertoires et actes aux préposés de l'enregistrement qui pourraient en prendre connaissance et copie s'il était nécessaire. Enfin, les articles 452 et 454 du Code d'instruction criminelle, permettent le déplacement des actes du notaire en matière de faux. Ne pourrait-on pas, du droit général donné au juge d'instruction par les articles 37, 38, 39, de saisir les papiers utiles à l'affaire, conclure au droit de faire aussi des perquisitions dans les études des notaires, à supposer qu'il y eût présomption que les actes déposés dans ces études pourraient servir à la découverte de la vérité?

Nous croyons que le juge d'instruction a ce droit. Il n'existe aucune exception en faveur des notaires; et comment ne pas permettre au juge d'instruction ce qui est permis au préposé de l'enregistrement? De plus, les articles 452 et 454 qui admettent le déplacement des actes en matière de faux ne sont que des corollaires du principe posé dans les articles 88 et 89; c'est par application d'un principe plus général qu'ils permettent cette mesure dans un cas exceptionnel.

On objecte que l'intérêt des familles exige que le dépôt de ces actes soit inviolable; que les notaires en sont des dépositaires et qu'à ce titre ils ne peuvent être forcés d'en faire la communication.

Ces raisons ont une valeur réelle, mais cependant insuffisante pour refuser au juge d'instruction le droit de faire des perquisitions dans les études des notaires; car, comme dit M. Faustin Hélie, de deux choses l'une, si les actes déposés dans l'étude sont étrangers à la prévention qui fait l'objet des investigations, il est clair qu'ils ne seront pas dévoilés; s'ils fournissent des indications utiles à la justice, ils sont comme les témoins obligés de comparaître pour éclairer le juge; s'ils renferment enfin eux-mêmes l'élément de la prévention, les tiers eux-mêmes ont intérêt à la vérification.

Mais si l'on accorde ce droit au juge d'instruction il ne faut pas l'entendre d'une façon absolue. Il faut le limiter pour ne pas porter atteinte à des droits aussi respectables que ceux de la justice. M. Faustin Hélie fait une distinction qu'il fonde sur l'article 378 du Code pénal, et n'autorise la saisie des papiers qu'autant que les papiers n'ont pas été remis au notaire à titre confidentiel. Suivant cet auteur, les notaires ne sont pas seulement chargés par les parties de rédiger leurs conventions; dans bien des cas, elles deviennent leurs conseils, et à ce dernier titre ils reçoivent en dépôt des papiers qui sont confidentiels et ne doivent être communiqués à personne. Or l'article 378 n'a pas seulement ce sens que les notaires ne doivent pas révéler les secrets

qui leur sont confiés de vive voix; il s'applique aussi aux papiers et lettres qui leur ont été remis en dépôt. Le juge d'instruction qui a tout pouvoir de saisir et vérifier les actes et papiers trouvés dans l'étude d'un notaire, doit s'arrêter lorsque le notaire déclare que certains papiers sont un dépôt confidentiel. Nous acceptons cette distinction admise par M. Faustin Hélie, car elle sauvegarde des intérêts de famille tout aussi importants que ceux de la justice. Certains auteurs la rejettent cependant ⁽¹⁾.

Une distinction est également applicable aux perquisitions que le juge d'instruction peut faire chez un avocat ou un avoué.

Déjà dans l'ancien droit cette question avait été soulevée à propos d'une perquisition faite dans l'étude d'un procureur pour y saisir les lettres d'un de ses clients. Le procureur demanda la nullité de la saisie en se basant sur ce que les papiers et lettres qui sont confiés aux avocats et procureurs sont insaisissables, ces derniers étant dépositaires des secrets qu'ils doivent garder. Le Parlement de Toulouse, par arrêt du 12 février 1672 ⁽²⁾, ordonna la restitution des lettres : « La confiance de son client, dit l'avocat général Gilbert Desvoisins, est surtout nécessaire à l'avocat pour s'en acquitter et où le secret n'est point assuré, la confiance n'existe pas. Ce sont donc les lois elles-mêmes qui, en instituant l'avocat, lui imposent la loi du secret sans laquelle

(1) Faustin Hélie : *Instruction criminelle*, t. IV, n° 1817.

(2) *Ancien Journal du Palais*, t. I, n° 161.

son ministère ne peut subsister et ses fonctions sont impossibles (1). »

M. Faustin Hélie propose une distinction comme en cas de perquisition opérée chez un notaire; nous l'adoptons également.

Si c'est l'avocat ou l'avoué qui est l'objet des poursuites, le juge d'instruction a dans ce cas toute liberté de faire des perquisitions et des saisies (2). C'est un droit qu'on ne peut lui contester car aucune exception ne pourrait être admise en faveur du cabinet de l'avocat ou de l'avoué. L'intérêt de la justice doit primer tous les autres. Il en est de même s'il s'agit de faits étrangers à la profession des avocats ou avoués. Au contraire, quand il s'agit de saisir des papiers ou lettres qui ont été déposés par un tiers chez l'avoué ou l'avocat, le juge d'instruction ne peut pas exercer de perquisition.

Dans le silence de la loi c'est sur des considérations particulières que l'on base cette distinction : l'avocat et l'avoué plus que tous autres ont le devoir de garder le silence sur les secrets qui leur seront confiés par leurs clients. La loi elle-même leur défend de les révéler. Si le juge d'instruction pouvait saisir les papiers déposés chez eux, le secret que la loi leur impose ne serait plus gardé, ce serait tourner la loi que de leur défendre de faire des révélations orales et de permettre néanmoins la violation du secret des papiers déposés chez eux confidentiellement.

(1) Denisart : *v° Avocat*, § 6, n° 10.

(2) Mollot : *Règles de la profession d'avocat*, p. 41; Duverger : *op. cit.*, t. I, p. 437; Morin : *Répertoire*, *v° Avocat*, n° 3.

« Ne serait-il pas contradictoire que le juge d'instruction « reconnût d'une part le droit du défenseur de garder le « silence et pût, d'un autre côté, fouiller et saisir ses papiers⁽¹⁾. » De même que l'avocat ne peut être astreint à faire un témoignage oral, son cabinet doit être à l'abri de toutes perquisitions et de toutes recherches afin que le secret qui leur est confié ne puisse être surpris.

Quelles règles le juge d'instruction doit-il suivre au cours d'une visite domiciliaire?

L'article 89 déclare que les dispositions des articles 35, 36, 37, 38, 39, concernant les perquisitions faites par le procureur de la République, sont applicables au juge d'instruction.

L'article 39 ordonne que les perquisitions et saisies opérées par le juge d'instruction dans le domicile du prévenu, doivent être faites en présence de ce dernier, « s'il a été « arrêté. »

« Les opérations prescrites par les articles précédents « seront faites en présence du prévenu s'il a été arrêté; et « s'il ne veut ou ne peut y assister, en présence d'un fondé « de pouvoir qu'il pourra nommer. »

La loi a exigé la présence du prévenu ou d'un fondé de pouvoir afin de lui donner plus de garanties. Le juge d'instruction doit toujours inviter le prévenu à assister aux opérations, car c'est l'intérêt même de la justice qui l'exige, puisque ces perquisitions procurent souvent la preuve du

(1) Faustin Hélie, *Instr. crim.*, t. IV, n° 1818.

délit, et que cette preuve est d'autant mieux faite quand les documents par lesquels elle se fonde, ont été trouvés en présence du prévenu auquel des explications ont pu être demandées. Si le prévenu n'était pas présent à la perquisition, il pourrait se plaindre qu'elle ait été faite irrégulièrement quand elle établirait contre lui des charges qu'il lui serait impossible d'écarter.

La présence du prévenu n'est nécessaire que s'il a été arrêté. Il résulte d'ailleurs des termes mêmes de l'article 39 que le prévenu peut refuser d'être présent à la perquisition « s'il ne veut ou ne peut assister aux opérations, » dit la loi. Ces mots ont donné lieu à une controverse. Certains auteurs pensent que toutes les fois que le prévenu est arrêté, il peut être contraint à assister à la perquisition, car c'est l'intérêt de la justice qui l'exige. Les mots employés par l'article « s'il ne veut ou ne peut » s'appliqueraient alors au cas où le prévenu arrêté ne peut être transporté et à celui où il n'a pas été arrêté ⁽¹⁾.

D'autres auteurs, au contraire, et nous nous rangeons à leur avis, pensent que le prévenu, même arrêté, peut refuser d'assister aux opérations du magistrat instructeur. L'expression employée par notre texte se réfère à l'hypothèse d'une arrestation. Les mots « s'il ne peut assister, » s'appliquent au cas où le prévenu arrêté ne peut être transporté au lieu de la perquisition; les mots « s'il ne veut » s'appliquent au cas où le prévenu refuse d'assister à la per-

(1) Mangin : *De l'instruction écrite*, t. I, p. 251.

quisition. La construction grammaticale de l'article recommande cette solution. D'ailleurs si la présence du prévenu peut aider à la découverte de la vérité, elle est surtout prescrite en faveur du prévenu lui-même; il est libre d'y renoncer et ne peut être contraint d'assister aux opérations du juge ⁽¹⁾. Il a le droit de se faire représenter par un fondé de pouvoir qu'il peut désigner sans aucune forme, même verbalement, et qui sera mentionnée dans le procès-verbal. S'il ne veut pas désigner de fondé de pouvoir ni assister en personne à la visite, l'officier de police judiciaire y procède, après avoir fait mention de son refus. Dans le cas où le prévenu n'a pas été arrêté, il peut se présenter et demander à assister à la perquisition à laquelle il a intérêt à y prendre part.

Un fondé de pouvoir qui se présenterait au nom d'un prévenu contre lequel aucun mandat n'aurait été lancé, devrait aussi être admis à la perquisition ⁽²⁾. M. Duverger pense, au contraire, que le juge d'instruction peut accueillir ou repousser le mandataire du prévenu absent, suivant que le prévenu a ou non de justes motifs pour ne pas comparaître en personne. La loi, suivant cet auteur, n'a permis au prévenu d'assister ou de se faire représenter qu'autant qu'il est *arrêté* ⁽³⁾. La jurisprudence a décidé que l'officier de police judiciaire n'est pas tenu de procéder en présence

(1) Faustin Hélie : *op. cit.*, t. IV, n° 1810; Duverger, t. I, n° 147; Carnot : t. I, p. 246.

(2) Carnot : *op. cit.*, t. I, p. 243; Faustin Hélie, t. IV, n° 1816.

(3) Duverger : *op. cit.*, t. I, n° 147; Dalloz : *Instr. crim.*

d'un fondé de pouvoir du prévenu, lorsque celui-ci n'est pas arrêté; elle a admis que les opérations prescrites par l'article 39 peuvent avoir lieu en l'absence du prévenu et que son arrestation postérieure n'oblige pas à les recommencer ⁽¹⁾. Toutefois, d'après le décret du 1^{er} mars 1854, à défaut de fondé de pouvoir, le juge d'instruction doit demander l'assistance de deux témoins.

Les règles que nous venons de poser pour les perquisitions faites au domicile du prévenu doivent être suivies lorsque la visite a lieu chez des tiers.

Le prévenu arrêté doit y assister, car l'article 39 ne distingue pas entre les perquisitions faites à son domicile et celles faites chez les tiers. Son intérêt est le même dans les deux cas, car les preuves de sa culpabilité peuvent se rencontrer chez les tiers comme chez lui. Le tiers chez qui a lieu la visite doit également y assister. Aucun texte ne le prescrit; mais l'intérêt du propriétaire de la maison où se fait la perquisition exige qu'il y assiste, le juge d'instruction peut avoir à lui demander des explications sur les objets trouvés chez lui. Il a, comme le prévenu, le droit de se faire représenter par un fondé de pouvoir.

Le juge d'instruction doit-il, avant d'effectuer son transport, rendre une ordonnance d'accès des lieux.

Dans l'ancien droit, le juge rendait avant tout acte d'instruction une telle ordonnance ⁽²⁾. La loi du 16 septembre 1791 et le Code de brumaire an VI, dans son article 108,

(1) Cass. crim., 3 oct. 1841.

(2) Jousse : t. II, p. 62; t. IV, p. 419.

exigeaient également cette formalité. Le Code actuel est muet sur cette question ; faut-il en conclure qu'il n'impose plus cette formalité au juge d'instruction ? La Cour de cassation a jugé que le juge n'est pas forcé de rendre cette ordonnance ⁽¹⁾, et c'est notre avis, dans le silence du Code. D'ailleurs, elle n'est pas nécessaire si le transport est décidé d'accord avec le procureur, et dans le cas où ce dernier n'est pas avisé de la visite que le juge d'instruction se propose de faire, un simple avis nous semble suffisant. Le juge d'instruction n'a pas besoin d'ordonner ce qu'il doit exécuter lui-même ⁽²⁾.

La seconde règle édictée par la loi dans le cas où le juge d'instruction opère une visite domiciliaire est contenue dans l'article 62 du Code d'instruction criminelle : « Lorsque le
« juge se transportera sur les lieux, il sera toujours accom-
« pagné du procureur de la République et du greffier du
« tribunal. »

Cet article 62 ne s'applique pas dans le cas de flagrant délit qui est régi par l'article 59 : en pareil cas, le juge peut opérer sans le concours du procureur. Mais en principe, le juge d'instruction, lorsqu'il se transporte sur les lieux, doit nécessairement requérir l'assistance du procureur puisqu'il ne peut faire aucun acte d'instruction ou de poursuite sans lui en donner communication.

Mais si le procureur, pour un motif quelconque, refuse de se rendre à la réquisition du juge d'instruction, que doit faire

(1) Cass. civ., 5 flor. an XIII.

(2) Legraverend : *Législ. crim.*, t. I, p. 239.

ce dernier? Les auteurs sont partagés sur cette question.

MM. Carnot et Bourguignon ⁽¹⁾ soutiennent qu'en pareil cas, le juge d'instruction doit s'adresser au substitut du procureur, et s'il n'y en a pas ou s'il refuse également, demander au tribunal de déléguer un juge pour remplir les fonctions de ministère public dans le cours de la visite domiciliaire. Toutefois, ces auteurs enseignent que si le procureur ne se transportait pas sur les lieux ou n'avait pas été suppléé à temps, le juge pourrait procéder régulièrement en son absence. « Lui refuser ce droit, dit M. Carnot, serait
« peut-être suivre plus littéralement le texte de la loi; mais
« ce serait contrarier l'intention du législateur, qui n'a pu
« vouloir que le défaut de présence du procureur du roi re-
« quis pût mettre obstacle aux opérations du juge d'instruc-
« tion, lorsque le retard apporté aux recherches et aux pour-
« suites serait irréparable et définitif. »

Le système adopté par ces auteurs est inadmissible pour plusieurs raisons. En effet, le droit qu'ils accordent au juge d'instruction de demander que le procureur soit remplacé par son substitut, droit qu'ils basent sur l'article 26 du Code d'instruction criminelle, est ouvert en cas d'empêchement du procureur; or, on ne peut assimiler le cas de refus avec celui d'empêchement. D'ailleurs, le substitut ne consentira guère à remplacer son supérieur, car il violerait les règles de la hiérarchie; en outre, l'indivisibilité du ministère public empêche de prendre ses membres l'un après l'autre. — Un

(1) Carnot : *op. cit.*, t. I, p. 298; Bourguignon : *Jurispr. des Cod. crim.*, t. I, p. 298, 299.

autre système n'accorde jamais le droit au juge d'instruction de se transporter et d'opérer sur les lieux seul.

Nous décidons quant à nous qu'il ne peut dépendre du ministère public de paralyser par son refus, l'action que le juge d'instruction tient de la loi. L'article 62 a exigé la présence du procureur afin que celui-ci puisse suivre la marche de la procédure et en prendre à tout instant communication; dans ce but il a ordonné que le juge d'instruction se fît accompagner par le procureur en cas de transport sur les lieux. Que si le représentant du ministère public refuse d'accompagner le juge d'instruction, ce dernier ne doit pas être entravé dans son action; il opérera régulièrement en l'absence du procureur; il lui suffit de l'avoir prévenu. L'article 62 ne contient du reste aucune sanction ⁽¹⁾.

La jurisprudence s'est prononcée dans ce dernier sens. La Cour de Montpellier a décidé que le juge d'instruction peut, sur le refus du procureur de l'accompagner dans le transport qu'il a ordonné, l'effectuer avec la seule assistance du greffier. La Cour a déclaré dans ses considérants, qu'il ne peut dépendre du procureur en refusant de s'associer aux actes de l'instruction pour lesquels son assistance est nécessaire, de paralyser entre les mains du juge d'instruction les pouvoirs qu'il tient de la loi, et d'entraver ou de suspendre ainsi la marche de l'instruction; que dès lors le juge d'instruction a été suffisamment autorisé à déclarer par son ordonnance qu'il

(1) Faustin Hélie : *op. cit.*, t. IV, n° 1621; Duverger : *Manuel du juge d'instruction*.

effectuerait son transport assisté seulement de son greffier ⁽¹⁾.

Il nous reste à examiner une dernière question, celle de savoir si le juge d'instruction peut déléguer à un autre officier de police judiciaire le droit de faire des visites domiciliaires.

Les auteurs sur ce point sont en désaccord. MM. Bourguignon, Legraverend, Duverger ⁽²⁾, se prononcent pour l'affirmative, tandis que MM. Faustin Hélie, Mangin, Carnot ⁽³⁾ sont pour la négative. Nous nous rangeons à l'opinion de ces derniers.

Quels arguments invoquent les partisans de l'affirmative? Suivant eux, les articles 83 et 84 du Code d'instruction criminelle qui déterminent les cas où un juge d'instruction peut déléguer ses fonctions à un juge de paix pour entendre les témoins, ne sont pas limitatifs mais seulement indicatifs; rien n'empêche le juge, hors les cas indiqués, de déléguer ses pouvoirs à un ou plusieurs juges de paix pour procéder aux actes nécessaires à la constatation des crimes et délits.

De plus les articles, 87, 88, 89 et 90 qui déterminent les règles à suivre par le juge d'instruction pour les perquisitions ne lui interdisent pas de déléguer pour cette perquisition un juge de paix de son arrondissement.

Enfin l'on ne peut, suivant ces auteurs, refuser au juge

(1) Montpellier, 23 juin 1846 (*J. P.*, t. II, p. 151).

(2) Bourguignon : *Jurisp. des Cod. crim.*, t. I, p. 195; Duverger : *op. cit.*, t. I, n° 382; Legraverend : *Lég. crim.*, t. I, p. 297.

(3) Faustin Hélie : *op. cit.*, t. IV, n° 1803; Mangin : *op. cit.*, t. I, p. 146; Carnot *op. cit.*, t. I, p. 377.

d'instruction un droit qui est accordé au procureur en cas de flagrant délit.

La jurisprudence s'est prononcée dans ce sens. La Cour de cassation, après avoir décidé, par un arrêt du 27 août 1848, que le juge d'instruction ne pouvait déléguer son droit de faire des perquisitions à un autre officier de police judiciaire, à change d'avis et par arrêt du 6 mars 1844 ⁽¹⁾, s'est prononcée dans le sens de l'affirmative. Un arrêt de la Cour de Grenoble, du 16 décembre 1840, est venu confirmer cette jurisprudence ⁽²⁾.

On fait valoir, en faveur de cette opinion, la considération que le système opposé entraverait la marche de la justice, le juge d'instruction pouvant être appelé dans plusieurs endroits en même temps : or, il peut y avoir de graves inconvénients, dans ce cas, à retarder les perquisitions.

Ces arguments ne sont pas convaincants.

Les articles 83 et 84 permettent au juge d'instruction de déléguer au juge de paix son droit d'entendre les témoins, dans les cas qu'ils spécifient; mais ces textes sont spéciaux à cette matière; et les articles 87 et 88, qui régissent les perquisitions opérées par le juge d'instruction, ne reproduisent pas la même exception. Si la loi a gardé le silence dans ce dernier cas, c'est qu'elle a entendu ne pas permettre aux autres officiers de police judiciaire d'y procéder. De plus, l'article 90, relatif aux perquisitions à faire dans

(1) Dalloz : 1841, 1, 395.

(2) *Journal du dr. crim.*, t. XIII, p. 2830.

un autre arrondissement, exige qu'elles soient faites par le juge d'instruction du lieu; cela implique assez que la loi veut que ce dernier magistrat ne puisse délivrer de délégation. — Sans doute, ces textes n'interdisent pas la délégation, mais si la loi eût voulu la permettre, elle l'aurait dit expressément, comme elle l'a fait pour l'audition des témoins. Si l'on peut admettre la délégation pour l'audition des témoins, il n'en est pas de même lorsqu'il s'agit d'un acte aussi grave qu'une perquisition.

La loi a confié le droit de pénétrer dans le domicile des citoyens au juge d'instruction, à cause de la confiance qu'elle lui inspirait; le juge, en sa qualité de magistrat inamovible et par conséquent indépendant, inspirait plus de garantie aux citoyens que tout agent de l'autorité. Les officiers de police judiciaire sont loin de présenter la même garantie. Les officiers de gendarmerie ne peuvent inspirer une trop grande confiance aux particuliers; ce serait substituer la police administrative à la police judiciaire que de les admettre à faire des perquisitions.

Quant à dire que l'article 52 permet au procureur, en cas de flagrant délit, de déléguer ses pouvoirs à ses auxiliaires, et que, par conséquent, le juge d'instruction devrait avoir le même droit, ce n'est pas un argument concluant. D'abord, si cet article devait s'appliquer à notre hypothèse, l'article 89, qui rend communes aux juges d'instruction certaines dispositions obligatoires pour le procureur en cas de flagrant délit, devrait viser la disposition de l'article 52. Il n'en est rien. Que conclure du silence de la loi si ce n'est

qu'elle refuse au juge d'instruction le droit de délégation. D'ailleurs, on ne peut établir d'analogie entre le procureur et le juge d'instruction. Si le procureur, au cas de l'article 52, a le droit de déléguer ses pouvoirs à ses auxiliaires, c'est parce qu'il s'agit d'un acte urgent, d'un flagrant délit pour lequel les règles ordinaires de l'instruction sont suspendues; ensuite, parce que les auxiliaires du procureur ont déjà le droit, aux termes de l'article 49, de faire tous les actes de la compétence du procureur en cas de flagrant délit; le procureur ne fait que déléguer un droit dont la loi les avait déjà investis.

Or, pour le juge d'instruction, il n'en est pas de même, il déléguerait ses pouvoirs à un officier que la loi n'en a pas personnellement investi.

Une autre considération vient appuyer le système que nous soutenons. Si le juge d'instruction pouvait déléguer au juge de paix ou à un autre officier judiciaire le droit d'opérer une visite domiciliaire, le procureur qui doit assister à la visite et peut requérir tout ce qu'il croit utile pour la découverte de la vérité, se trouverait en présence d'un fonctionnaire qui lui est inférieur, qui est son auxiliaire; et l'on pourrait croire que ce dernier en déférant aux réquisitions du procureur, a manqué d'indépendance.

Si l'on voulait, par analogie, appliquer l'article 52 au juge d'instruction, il en résulterait que les articles 83, 84 qui, pour une audition de témoins, permettent au juge de déléguer ses pouvoirs au juge de paix, pourrait pour une perquisition déléguer tout officier de police judiciaire; aussi

on arriverait dans le système opposé à celui que nous soulevons, à rendre la loi plus exigeante dans le cas d'une audition de témoins que pour opérer une visite domiciliaire; on limiterait au juge de paix le droit de recevoir les déclarations de témoins et l'on permettrait à tous les officiers judiciaires de s'introduire dans le domicile des citoyens, à un commissaire de police ou officier de gendarmerie de connaître les secrets de famille et des papiers domestiques. Or, ces officiers, nous l'avons dit, ne peuvent offrir aux citoyens autant de garanties que le juge d'instruction; en l'absence d'un texte qui permette au juge de déléguer son droit de perquisition, nous croyons que l'esprit de la loi est que seul le juge doit y procéder; à cette condition, le principe de l'inviolabilité du domicile sera sauvegardé.

Reste l'argument invoqué par la jurisprudence et les auteurs que la marche de la justice sera entravée, si le juge appelé en plusieurs endroits à la fois pour opérer des perquisitions, ne pouvait déléguer ses pouvoirs à un autre officier judiciaire; un retard considérable sera apporté aux constatations qui doivent faire découvrir la vérité; des papiers pourront être soustraits avant l'arrivée du juge, papiers qui auraient pu permettre de découvrir les coupables ou leurs complices.

Étant donnée la facilité de communications à notre époque, cet argument n'est pas très fort; le juge pourra faire les perquisitions successivement, vu le peu d'étendue de son ressort. Et puis, comme dit M. Faustin Hélie, « faut-il admettre qu'il suffit d'alléguer la nécessité du

« service pour justifier une infraction à des prohibitions
« légales, une diminution des garanties accordées à la cité,
« une délégation à des officiers inférieurs des pouvoirs de
« l'instruction? N'est-il pas permis de penser que le légis-
« lateur a mesuré cette nécessité et lui a fait sa part; qu'il
« avait devant les yeux d'autres nécessités sociales qu'il fallait
« également sauvegarder; qu'il a voulu concilier l'intérêt de
« la répression des délits avec l'intérêt de l'inviolabilité du
« domicile. »

§ II.

*Droit de perquisition du procureur de la République et de
ses auxiliaires en cas de flagrant délit. Perquisitions du
juge d'instruction en cas de flagrant délit. De la réqui-
sition d'un chef de maison.*

En cas de flagrant délit, le procureur a le droit de faire lui-même des visites domiciliaires. Nous avons dit que seul le juge d'instruction avait le droit d'opérer des perquisitions; les articles 32 et 36 font exception à cette règle en permettant au procureur qui, dans les cas ordinaires, ne peut que requérir le juge d'instruction, de procéder lui-même à une perquisition en cas de flagrant délit. Voici le texte de ces articles :

« Dans le cas de flagrant délit, lorsque le fait sera de nature
« à entraîner une peine afflictive ou infamante, le procureur
« de la République se transportera sur le lieu sans retard,
« pour y dresser les procès-verbaux nécessaires à l'effet de

« constater le corps du délit, son état, l'état des lieux, et
« pour recevoir les déclarations des personnes qui auraient
« été présentes ou qui auraient des renseignements à don-
« ner.

« Le procureur de la République donnera avis de son
« transport au juge d'instruction, sans être toutefois tenu de
« l'attendre pour procéder, ainsi qu'il est dit au présent
« chapitre (art. 32). »

« Si la nature du crime ou du délit est telle, que la
« preuve puisse vraisemblablement être acquise par les
« papiers ou autres pièces et effets en la possession du
« prévenu, le procureur de la République se transportera
« de suite dans la maison du prévenu pour y faire la per-
« quisition des objets qu'il jugera utiles à la manifestation
« de la vérité (art. 36). »

Deux conditions sont exigées par ces articles pour que le procureur puisse faire des perquisitions : 1° il faut qu'il y ait flagrant délit ; 2° que le fait soit de nature à entraîner une peine afflictive ou infamante, qu'il constitue un crime.

L'article 49 étend à tous les officiers de police judiciaire les attributions exceptionnelles du procureur.

Si la loi a étendu au procureur et à ses auxiliaires le droit de faire des perquisitions, c'est que le flagrant délit exige une information rapide de la part de la justice, comme disait M. Treilhard dans l'exposé des motifs du Code⁽¹⁾. Mais, comme ce droit du procureur constitue un empiète-

(1) Dalloz : *Rép. de lég.*, v° *Instr. crim.*, p. 47.

ment sur les pouvoirs du juge d'instruction, tout dans cette matière doit être entendu restrictivement.

Et d'abord il faut qu'il y ait flagrant délit. Sur ce point, des difficultés sont possibles. Il n'est pas toujours facile de reconnaître de prime abord si un délit est flagrant; aussi le procureur doit-il s'abstenir de procéder à la visite lorsqu'il n'est pas fixé sur le caractère du délit, et requérir le juge d'instruction. De même, si le procureur qui s'est transporté sur les lieux acquiert la conviction que le délit a cessé d'être flagrant, il devient incompetent pour faire les actes énoncés dans nos deux articles. C'est ce qu'a décidé la Cour de cassation ⁽¹⁾.

Il faut en second lieu que le fait incriminé entraîne une peine afflictive ou infamante. Le législateur a pensé que lorsque le fait n'entraîne qu'une peine correctionnelle, il n'y a pas de motif suffisant de déroger à la règle générale qui sépare le droit de poursuivre confié au procureur, du droit d'informer, confié au juge d'instruction. Lors donc que le délit quoique flagrant, n'entraîne pas la peine afflictive et infamante, le procureur doit s'abstenir de tout acte d'information.

Cette doctrine est reproduite par l'article 157 de l'ordonnance du 29 octobre 1820 et par l'article 250 du décret du 1^{er} mars 1831 sur la gendarmerie ⁽²⁾.

Tels sont les cas où le procureur et ses auxiliaires ont le droit de faire des perquisitions; hors ces cas ils commet-

(1) Cass. crim., 30 septembre 1826 (J. P., t. XX, p. 875).

(2) D.^c 34,4,32.

traient le délit de violation de domicile. C'est ce qu'a jugé la Cour de Besançon ⁽¹⁾. Si l'article 36 parle de crime ou délit c'est par erreur; la règle exacte est écrite dans l'article 32 dont l'article 36 n'en est que la suite et le développement; ce dernier texte doit être entendu dans le même sens.

Il résulte de l'article 36 que le procureur ou ses auxiliaires ne sont autorisés à faire des visites domiciliaires qu'au domicile du prévenu, à la différence de ce qui est admis pour le juge d'instruction. En effet, les articles 87 et 88 qui donnent au juge le droit de faire des perquisitions, visent expressément le cas où il y serait procédé au domicile des tiers, tandis que l'article 36, qui est une exception à la règle générale, n'accorde au procureur le droit de perquisition qu'au domicile du prévenu. La loi n'a pas voulu lui permettre de faire des perquisitions au domicile des tiers, pour ce motif qu'en étendant au procureur le droit de perquisition, elle le donnait à tous les officiers, auxiliaires de ce magistrat. Elle a reculé devant l'extension du droit de perquisition à ces derniers qui n'offrent pas les garanties nécessaires aux citoyens. Cette interprétation de l'article 36 n'est pas sujette à discussion. D'après le projet du Code d'instruction criminelle, tel qu'il a été soumis au Conseil d'État, le procureur était chargé de constater tous les délits, et, à cet effet, il pouvait faire des visites domiciliaires en rendant une ordonnance qui énonçait l'objet de ces visites. Mais après discussion, le droit du procureur de constater les

(1) Besançon, 18 juillet 1828.

délits fut limité au cas de flagrant délit; et en ce qui concerne les visites domiciliaires on a spécifié qu'il ne pourrait y procéder qu'au domicile du prévenu.

Mais la perquisition est possible au domicile des complices. L'article 41 qui définit le flagrant délit comporte cette extension; tous les auteurs du reste sont d'accord sur ce point; l'esprit et le motif de la loi font présumer que le législateur, dans l'article 36, a nécessairement entendu assimiler au prévenu ses complices. Si l'on se reporte à la définition de la complicité donnée au Code pénal ⁽¹⁾ on y trouve une énumération de personnes déclarées complices; or il serait difficile dans l'hypothèse qui nous occupe de ne pas déclarer complices les individus qui seraient détenteurs de papiers ou autres pièces de nature à faire preuve du crime; dès lors le procureur ou ses auxiliaires pourront procéder chez eux à une visite domiciliaire.

M. Boitard ⁽²⁾ étend davantage encore les pouvoirs du procureur; il l'autorise à pénétrer aussi dans les domiciles des concubines et affidés du prévenu. Cet auteur appuie son opinion sur une circulaire adressée par le procureur près le tribunal de la Seine à ses auxiliaires, dans laquelle il leur enjoignait de faire des perquisitions au domicile des concubines et affidés du prévenu. Ces perquisitions, avoue M. Boitard, ne sont pas autorisées par la loi; l'avis du procureur de la Seine lui semble cependant devoir être suivi parce que le plus souvent il y aura contre ces personnes présomp-

(1) Art. 60, 61, 62, Code pénal.

(2) *Leçons sur le Code d'instr. crim.*, n° 82.

tion de complicité, aux termes de l'article 62 Code pénal. Or dès que cette présomption existe, les personnes sur lesquelles elle pèse, concubines, affidés, sont des coprévenus dans le domicile desquels il est permis au procureur d'opérer des visites domiciliaires. Cette opinion ne nous semble pas admissible. Le droit du procureur de faire des perquisitions en cas de flagrant délit est une exception à la règle générale; une exception doit être entendue restrictivement. Sans doute on peut bien faire rentrer les complices dans les termes de l'article 36; mais les personnes que désigne la circulaire ne peuvent être considérées comme complices, ce serait étendre arbitrairement le droit de perquisition du procureur et de ses auxiliaires; les visites au domicile de ces personnes ne seront légales que lorsqu'on pourra les considérer comme complices, lorsque la question de complicité sera résolue.

D'autres auteurs sont allés encore plus loin. Ils veulent étendre les attributions du procureur de la République même hors du cas de flagrant délit. Dans la circulaire précitée, le procureur, près le tribunal civil de la Seine, disait « quoique la loi ne semble vous charger de dresser
« des procès-verbaux qu'en cas de crime et de flagrant délit,
« cependant, l'usage introduit par la nécessité, veut que
« vous en dressiez aussi hors le cas de flagrant délit et même
« quand il s'agit seulement d'un fait correctionnel. Un crime
« ou un délit vous sont-ils déférés, vous devez vous trans-
« porter sans retard sur les lieux, faire sans délai perquisi-
« tion dans les divers domiciles. » Donner ce droit au pro-

cureur c'est violer directement la loi ; il est impossible de le lui accorder en face des termes exprès employés par le Code. Si l'on se reporte à la discussion du projet au Conseil d'État en 1808, on relève dans le discours de Cambacérès les expressions suivantes : « Il serait très dangereux d'accorder au procureur le même pouvoir hors le cas de flagrant « délit, de l'autoriser à s'introduire dans un lieu habité ⁽¹⁾. » Cet avis a prévalu et la loi a refusé en principe au procureur le droit d'opérer des visites domiciliaires pour ne l'accorder qu'au juge d'instruction. Nous trouvons du reste dans l'article 155 de l'ordonnance du 29 octobre 1820, une défense formelle faite aux auxiliaires du procureur de faire aucun acte d'instruction en dehors du cas de flagrant délit, et l'article 156 de l'ordonnance définit le flagrant délit de la même façon que l'article 41.

Quant à savoir si le procureur ou ses auxiliaires peuvent procéder à une visite lorsqu'il y a flagrance de délit et non de crime, nous répondrons encore par la négative.

L'article 36 parle il est vrai de crime ou de délit, mais il ne faut pas oublier que l'article 36 n'est que le développement de l'article 32 qui pose le principe de la matière ; or, ce texte n'accorde aux officiers dont nous parlons, le droit de faire des visites domiciliaires, qu'autant qu'il s'agit d'un fait emportant une peine afflictive ou infamante. En outre, on trouve souvent le mot *délit* employé dans le Code d'instruction criminelle pour désigner tantôt les crimes des délits,

(1) Locré, 25, 147.

tantôt les crimes seulement (art. 91, 307, 38), tantôt des faits entraînant des peines correctionnelles; ce mot n'avait pas encore le sens précis que lui donna un an plus tard le Code pénal. L'ordonnance de 1820 confirme notre opinion; son article 15 porte que « toute infraction qui par sa nature « est seulement punissable de peines correctionnelles ne « peut constituer un flagrant délit. Les officiers de gendarmerie ne sont pas autorisés à faire des instructions préliminaires pour la recherche de ces infractions; » et l'article ajoute pour bien définir la limite des attributions des officiers de gendarmerie, le flagrant délit doit être un véritable crime, c'est-à-dire une infraction contre laquelle une peine afflictive ou infamante est prononcée. Ce que l'ordonnance dit des officiers de gendarmerie s'applique également aux autres auxiliaires du procureur et au procureur lui-même, puisqu'aux termes de l'article 49 les auxiliaires du procureur peuvent faire tous les actes qui sont permis à ce dernier par les articles 32 et suivants.

L'article 36 exige du procureur qui veut opérer une visite au domicile du prévenu ou de ses complices certaines précautions. Il ne doit opérer que s'il existe des indices et si la preuve peut vraisemblablement résulter des papiers ou autres pièces qui sont en la possession du prévenu.

Le procureur ou ses auxiliaires peuvent-ils s'introduire dans le domicile du prévenu pendant la nuit? L'affirmative semble résulter de termes employés par l'article 36 qui dit que le procureur se transportera de suite, et des auteurs ⁽¹⁾

(1) Carnot : *Inst. crim.*, t. I, p. 241.

en ont conclu qu'il pouvait s'y transporter à toute heure, la nuit comme le jour, sans quoi la prescription de la loi ne serait pas obéie. Nous lui refusons ce droit dont l'existence est contredite par l'article 76 de la Constitution du 22 frimaire an VIII qui n'a point cessé d'être en vigueur sur ce point. Cet article dans son § 2 pose la règle que pendant la nuit nul n'a le droit d'entrer dans le domicile d'un citoyen si ce n'est en cas d'inondation, d'incendie ou de réclamation venant de l'intérieur d'une maison. Cet article, disons-nous, n'a pas été abrogé et doit continuer à être appliqué tant qu'il n'y aura pas été dérogé par une disposition formelle. Au contraire, nous trouvons d'autres textes de loi qui confirment les dispositions de la Constitution de l'an VIII.

1° Le décret du 4 août 1806 qui détermine à quel moment la gendarmerie peut entrer dans le domicile d'un individu.

2° L'ordonnance du 29 octobre 1820, article 1811, qui est d'autant plus importante qu'elle est postérieure à la constitution.

Ces deux textes fixent à quelles heures les officiers de gendarmerie peuvent s'introduire dans le domicile des citoyens et ils consacrent absolument le principe posé par la constitution sur l'inviolabilité du domicile pendant la nuit.

Ces textes sont basés sur des principes d'ordre public; j'ajoute qu'une loi particulière ne suffit pas pour déroger à une disposition contenue dans une constitution; j'observe enfin que dans l'article 36 le mot nuit n'est pas employé. Aussi le magistrat ne peut-il procéder la nuit à une visite domiciliaire; il ne pourra que prendre les mesures néces-

saires pour investir la maison afin d'empêcher l'évasion du prévenu ou l'enlèvement des pièces à conviction ⁽¹⁾.

Il faut donc appliquer aux visites domiciliaires opérées par le procureur ou ses auxiliaires, les règles générales que nous avons posées. Ils ne peuvent pénétrer la nuit dans le domicile des citoyens, mais ont la faculté d'entrer dans les lieux publics jusqu'à l'heure où ils restent ouverts. On trouve deux arrêts, rapportés par Dalloz, par lesquels il a été jugé sous l'empire du Code de l'an IV, que l'article 359 de la Constitution du 5 fructidor an III, qui défendait les visites domiciliaires pendant la nuit, ne s'appliquait pas aux visites chez des individus logés en garni; et qu'un rassemblement illégal dans une maison doit faire considérer cette maison comme un lieu public et que par suite les gendarmes ont le droit d'y entrer lorsque des rassemblements s'y produisent tant le jour que la nuit.

Dans le cas où les magistrats se seraient introduits pendant la nuit dans le domicile d'un particulier, les actes de procédure accomplis par eux n'en seraient pas moins valables; le fonctionnaire qui aurait agi illégalement serait passible d'une poursuite pour violation de domicile.

Examinons maintenant les pouvoirs du juge d'instruction en cas de flagrant délit. L'article 59, Instr. crim., est ainsi conçu : « le juge d'instruction, dans tous les cas réputés flagrant délit, peut faire directement et par lui-même tous les actes attribués au procureur de la République, en se con-

(1) Faustin Hélie : *op. cit.*, t. III, n° 1524; Mangin : *op. cit.*, t. I, n. 222; Bourguignon : *op. cit.*, t. I, p. 145.

« formant aux règles établies au chapitre des procureurs de la République et de leurs substituts. Le juge d'instruction peut requérir la présence du procureur sans aucun retard néanmoins des opérations prescrites dans ledit chapitre. » Il résulte de ce texte qu'en cas de flagrant délit, le juge d'instruction acquiert des pouvoirs nouveaux : il peut poursuivre d'office, droit qu'il n'a pas d'ordinaire, se transporter sur les lieux du délit sans avoir besoin d'être accompagné du procureur ; il peut se passer pour agir des réquisitions de ce dernier. Il est libre de requérir la présence du procureur, sans être obligé, quand il l'a prévenu, de l'attendre pour procéder au transport ; d'ailleurs, il n'est pas dans l'obligation d'informer le procureur, tandis que ce dernier est tenu de lui donner avis lorsqu'il se transporte sur les lieux. Mais le juge d'instruction, s'il acquiert ces nouveaux pouvoirs en cas de flagrant délit, conserve ceux qui lui sont propres, tandis que le procureur doit suivre les règles que la loi lui a tracées. M. Carnot pense que l'article 59, en appliquant au juge d'instruction les règles établies à l'égard des procureurs, a limité les pouvoirs du juge d'instruction qui doit se renfermer dans les limites imposées au ministère public ⁽¹⁾. Cette opinion est erronée. L'article 59 loin d'enlever au juge d'instruction ses attributions ordinaires, lui en a conféré de nouvelles en cas de flagrant délit. C'est ce que disait M. Treilhard, orateur du gouvernement, justifiant l'article 59 : « En accordant au procureur impérial le droit de constater personnellement les

(1) Carnot : *Inst. crim.*, p. 214, 285, 288.

« crimes dans le cas de flagrant délit, nous n'avons certainement pas entendu interdire cette faculté au juge d'instruction ; il a sans contredire le droit de faire lui-même dans ce cas tout ce que le procureur impérial ferait en son absence. » Ainsi le juge d'instruction garde ses attributions ordinaires et de plus acquiert le droit de mettre en mouvement l'action publique, et de procéder aux actes d'instruction sans être requis par le procureur. Il pourra donc, par exemple, à la différence du procureur, faire des perquisitions même dans le domicile des tiers⁽¹⁾.

Le procureur de la République et ses auxiliaires ont encore des pouvoirs exceptionnels en cas de réquisition de la part d'un chef de maison. « Les attributions faites ci-dessus au procureur de la République pour les cas de flagrant délit, dit l'article 46 du Code d'instruction criminelle, auront lieu aussi toutes les fois que, s'agissant d'un crime ou délit même non flagrant, commis dans l'intérieur d'une maison, le chef de cette maison requerra le procureur de la République de le constater. »

Ce cas de réquisition doit être assimilé au cas de flagrant délit. Le procureur de la République a les mêmes pouvoirs, non seulement en matière de crimes, mais encore en matière de délits, sans qu'il y ait à distinguer s'ils sont flagrants ou non. La compétence est subordonnée à la double condition qu'il y ait délit commis à l'intérieur d'une maison et réquisition du maître de maison.

(1) Faustin Hélie : *op. cit.*, t. IV, 1609.

Par chef de maison, il faut entendre chef de famille, et non seulement le propriétaire de l'immeuble, de sorte que si plusieurs familles habitent la maison, chacun des chefs de ces différentes familles a le droit de requérir l'intervention du magistrat dans la partie qu'il occupe. Telle est aussi la définition donnée par l'ordonnance de 1820, article 17, sur la gendarmerie : les officiers de gendarmerie défèrent à la réquisition qui leur est faite, soit par le propriétaire de la maison, soit par le principal locataire, soit par le chef d'un appartement.

Les actes que le procureur de la République peut faire, en cas de réquisition d'un chef de maison, sont les mêmes que ceux qu'il peut accomplir en cas de flagrant délit ; c'est ce qui résulte de l'assimilation établie sur ce point par l'article 46. Il faut, pour les règles qu'il doit suivre, se reporter aux explications que nous avons données plus haut. La réquisition faite par le chef de famille n'est soumise à aucune formalité ; elle peut consister en une plainte écrite ou orale.

Lorsque des cris se font entendre de l'intérieur de la maison, poussés par d'autres personnes que le chef de la maison, les dispositions de l'article 46 ne s'appliquent plus ; le procureur ou ses auxiliaires peuvent alors pénétrer dans la maison, mais en vertu des pouvoirs qui leur sont accordés non plus par l'article 46, mais par l'article 32 : car il y a alors flagrant délit ⁽¹⁾.

(1) Faustin Hélie : *op. cit.*, t. III, n° 1529 ; Mangin : *op. cit.*, n° 232.

Les attributions conférées, dans le cas qui nous occupe, au procureur de la République, sont étendues à ses auxiliaires par l'article 49.

Toutes les attributions qui sont déléguées au procureur ou à ses auxiliaires, en cas de réquisition de la part d'un chef de maison, appartiennent également au juge d'instruction.

Quelques auteurs cependant ont soutenu le contraire. Suivant eux, le juge d'instruction n'aurait aucun droit d'action, si ce n'est en se conformant aux règles ordinaires ⁽¹⁾.

Ils appuient leur raisonnement sur ce que l'article 59 ne parle que *des cas réputés flagrants délits*, non des cas de réquisition, tandis que l'article 46, et surtout l'article 49, qui règle les attributions des auxiliaires du procureur, parle des uns et des autres; ils ajoutent que, dès lors, s'agissant d'attributions extraordinaires, on doit s'en tenir aux termes de la loi, et que le procureur était chargé de veiller au maintien de l'ordre public, la différence qui est faite entre ses attributions et celles du juge d'instruction en cas de réquisition est justifiée.

Nous croyons, au contraire, que l'article 59 confère au juge d'instruction le droit d'agir dans cette hypothèse; cela ressort des termes employés par l'article qui s'applique à tous les cas *réputés* flagrant délit. Or, l'article 46 n'a d'autre but que d'assimiler au cas de flagrant délit le cas de réquisition; par suite, il rentre dans les termes de l'article 59.

(1) Legraverend : *op. cit.*, t. I, p. 188; Bourguignon : *op. cit.*, t. I, p. 115.

De plus, dans ce cas comme dans tout autre, le juge d'instruction, sauf le droit de mettre l'action publique en mouvement, ne fait qu'exercer des attributions qui lui appartiennent en tous cas; c'est un motif de ne pas les lui refuser.

§ III.

Droit de perquisition des préfets dans les départements et du préfet de police à Paris.

L'article 10, Inst. crim., règle les attributions des préfets en matière de visites domiciliaires. Il est ainsi conçu :
« Les préfets des départements et le préfet de police à
« Paris, peuvent faire personnellement, ou requérir les
« officiers de police judiciaire, chacun en ce qui le concerne,
« de faire tous les actes nécessaires à l'effet de constater
« les crimes, délits et contraventions, et d'en livrer les
« auteurs, aux tribunaux chargés de les punir, conformément à l'article 8 ci-dessus. »

Quoique cet article soit conçu en termes généraux, il donne lieu à de très grandes difficultés quand on veut préciser les pouvoirs des préfets. Ont-ils les pouvoirs d'un juge d'instruction et par suite le droit de faire des visites domiciliaires, ou seront-ils considérés comme des officiers de police judiciaire ne pouvant faire des perquisitions qu'en cas de flagrant délit? — Cette question a été longuement débattue surtout à cause du principe de la séparation des pouvoirs auquel on contrevenait en accordant à des agents

de l'ordre administratif des attributions qui sont du ressort de la justice. — L'article 10 a été inséré sur la demande de Napoléon qui voulait que la police administrative concourût à des actes qui n'appartiennent qu'à la justice.

La jurisprudence de la Cour de cassation reconnaît aux préfets tous les pouvoirs d'un juge d'instruction; ils ont par conséquent le droit de faire tout acte d'instruction pour arriver à la découverte de la vérité, notamment des visites domiciliaires.

L'espèce sur laquelle s'est prononcée la Cour de cassation était celle-ci. La chambre criminelle avait annulé un arrêt reconnaissant au préfet de police le droit, en vertu de l'article 10, de saisir des lettres dans les bureaux de postes⁽¹⁾. L'affaire fut renvoyée devant la Cour de Rouen qui se prononça dans un sens opposé: la Cour de cassation eut alors à se prononcer, chambres réunies, et décida que l'article 8 auquel se réfère l'article 10, Inst. crim., a chargé les préfets de faire tous les actes pour arriver à la découverte de la vérité et que, par conséquent, ils ont le droit de faire des perquisitions tant au domicile du prévenu que partout ailleurs; que l'on objecterait en vain que les fonctionnaires mentionnés par l'article 10 sont de simples officiers de police judiciaire, dont les attributions devraient être distinctes de celles du juge d'instruction auquel appartiendrait exclusivement le pouvoir illimité de perquisition, la police judiciaire ne pouvant s'exercer sans instruction, de même qu'il n'est

(1) Cass. crim., 23 juillet 1853, D. 53,1,222.

pas possible de concevoir que tout fonctionnaire ou magistrat qui prend part à l'instruction, ne sont pas officiers de police judiciaire⁽¹⁾. Nous n'hésitons pas à nous prononcer contre le système de la Cour de cassation qui est contraire aux textes de la loi et qui de plus fait une confusion entre la police judiciaire et l'instruction.

En effet, le terrain de chacune de ces phases de la procédure est distinct : la police judiciaire a pour but de préparer l'action du juge, de rechercher les éléments du délit tandis que l'instruction, une fois la mission de la police judiciaire terminée, examine les éléments que cette dernière lui a fournis.

C'est ce que la loi a elle-même indiqué. Lorsqu'il y a flagrant, les pouvoirs des officiers de police judiciaire sont plus étendus; ils peuvent faire l'instruction; mais, même alors, la loi fait la démarcation entre la police judiciaire et l'instruction, car ce n'est pas une véritable instruction que peuvent faire les officiers judiciaires. L'article 60 dit en effet : « Lorsque le flagrant délit aura déjà été constaté et « que le procureur transmettra les actes et pièces au juge « d'instruction, celui-ci sera tenu de faire sans délai l'exa- « men de la procédure. Il peut refaire les actes, ou ceux des « actes qui ne lui paraîtraient pas complets. » L'on voit par ce texte que la police judiciaire, même dans ce cas particulier, se borne à rechercher les renseignements; les actes d'instruction qu'elle a faits ne sont que des renseignements

(1) Cass., ch. r., 21 novembre 1853, D. 53,1,279.

pour le juge d'instruction qui peut les refaire. Comme dit M. Faustin Hélie « les actes de la police judiciaire ne
« deviennent actes de l'instruction que lorsque le juge les
« a refaits ou adoptés. Ils n'ont d'autorité que celle que leur
« donne le juge. Ils ne pénètrent dans l'instruction que
« lorsque le juge les fait siens⁽¹⁾. » Les deux phases de la
procédure sont absolument distinctes et l'affirmation de
l'arrêt de la Cour qu'il n'est pas possible de concevoir que
la police judiciaire l'exerce sans instruction, de même qu'il
n'est pas possible de concevoir qu'un magistrat instructeur
ne soit pas officier de police judiciaire, est l'énoncé de deux
propositions dont la dernière seule est vraie. Car si le juge
d'instruction peut et doit être officier de police judiciaire, la
réciproque n'est pas vraie. Le juge a le droit de remplir les
attributions des officiers de police judiciaire qui sont ses
subalternes sans avoir besoin de leur intermédiaire pour
dresser les procès-verbaux ou recevoir les déclarations des
témoins; qui peut le plus peut le moins, mais, dans tous les
cas, il reste seul chargé de l'instruction. La loi qui a étendu
au juge la police judiciaire ne confie pas l'instruction aux
officiers de police judiciaire.

La Cour de cassation a cependant fait cette confusion. Les
arguments sur lesquels elle appuie son système sont au nom-
bre de trois. Elle invoque : 1° la définition de la police ju-
diciaire que donne l'article 8 du Code d'instruction crimi-
nelle; 2° l'article 9, qui classe les juges d'instruction parmi

(1) Faustin Hélie : *op. cit.*, t. III, p. 435.

les officiers de police judiciaire; 3^e la division du titre I^{er} du Code d'instruction criminelle, qui place le chapitre « de l'instruction » sous la rubrique « de la police judiciaire. » Examinons ces divers arguments et tâchons de les réfuter.

La circonstance que le chapitre de l'instruction est placé sous la rubrique *de la police judiciaire*; et la définition de la police judiciaire donnée par l'article 8 ont fait dire à la Cour que l'instruction n'est qu'une partie de la police judiciaire. Cet argument n'a pas de valeur si l'on se rappelle la manière dont le Code d'instruction criminelle a été rédigé. Le projet du Code avait reproduit les divisions et définitions qui se trouvaient dans le Code de brumaire an IV et dans la loi du 7 pluviôse an IX. Nous en trouvons la preuve dans l'exposé fait au Corps législatif, où il est dit : « On a puisé dans ces Codes intermédiaires la distinction « qui forme le partage des deux livres ⁽¹⁾. » Dans ces lois, la police judiciaire et l'instruction étaient nettement opposées l'une à l'autre, et l'article 20 définissait la police judiciaire comme le fait aujourd'hui notre article 8. Mais ces définitions et divisions, si elles étaient exactes à cette époque, ne le sont plus sous l'empire du nouveau Code, les attributions de la police judiciaire n'étant plus les mêmes. Sous l'empire de ces lois, la police judiciaire et l'instruction se confondaient, car elles étaient confiées aux mêmes magistrats, d'abord aux juges de paix, ensuite aux magistrats de sûreté. Or, le Code, au contraire, s'est inspiré surtout de

(1) Loaré, t. XXVIII, p. 23.

l'ordonnance de 1670 où l'on distinguait nettement les deux phases de la procédure. « Les fonctions des officiers de police judiciaire, disait le Conseil d'État, appartiennent plus à la police qu'à la justice; elles ne conduisent qu'à donner des indices, mais notre intention est de donner exclusivement la justice aux juges ⁽¹⁾. » Cette distinction entre les attributions des officiers de police judiciaire et celles du juge d'instruction a passé dans le Code; mais, en même temps, il a reproduit des divisions et des phrases du projet, sans remarquer qu'elles étaient contraires à la nouvelle théorie qu'il avait adoptée. La définition que l'article 8 donne de la police judiciaire en fait foi; quoiqu'il semble résulter de ce texte que les officiers de police judiciaire peuvent se livrer à des actes d'instruction, cela n'est pas admissible; la loi, du reste, dans d'autres textes, tels que les articles 11 et 48, précise exactement leurs attributions. Cela prouve bien que c'est seulement par suite d'un vice de rédaction que l'on retrouve dans le Code les divisions et les propositions des anciens textes.

Reste l'argument tiré de l'article 9 du Code d'instruction criminelle, qui place le juge d'instruction parmi les officiers de police judiciaire. Nous avons déjà répondu à cet argument en expliquant pourquoi le juge d'instruction pouvait être en même temps officier de police judiciaire.

N'admettant pas l'opinion de la jurisprudence quels seront pour nous les pouvoirs du préfet, surtout en ce qui concerne les visites domiciliaires?

(1) Locré : t. XXV, p. 149.

Les attributions des préfets sont celles des officiers de police judiciaire et non celles du juge d'instruction. C'est ce qui résulte de la discussion du projet devant le Conseil d'État. Le projet du Code rangeait les préfets des départements et le préfet de police à Paris parmi les officiers de police judiciaire, mais seulement pour les crimes qui intéressaient la sûreté extérieure et intérieure de l'État. Cette proposition fut renvoyée à la section qui la présenta de nouveau le 26 août 1808. M. Treilhard, rapporteur, admettait que les préfets fussent compris dans l'énumération des officiers de police judiciaire, mais seulement pour les crimes intéressant la sûreté de l'État, afin de faciliter leur rôle en cas de complot, par exemple où ils devaient être en droit d'agir seuls et sans perdre de temps à requérir le juge d'instruction. Cambacérès fit remarquer qu'en donnant le titre d'officier de police judiciaire aux préfets, on les mettait sous la surveillance du procureur général, ce qui affaiblirait leur autorité et donnerait lieu à des froissements. — Le rapporteur répondit que les préfets n'agiraient que rarement comme officier de police judiciaire ce qui ne donnerait lieu à aucune rivalité.

L'empereur demandait, d'autre part, que les préfets reçussent les attributions des officiers de police judiciaire pour les crimes de droit commun comme pour les crimes contre la sûreté de l'État. On fit droit à cette demande, et retranchant les préfets de la nomenclature des officiers de police judiciaire, on régla leurs attributions par les dispositions de l'article 10. M. Treilhard consentait à ce qu'on donnât aux

préfets les fonctions des officiers de police judiciaire, pourvu qu'on ne les rangeât pas parmi ces officiers. De cette façon ils n'étaient plus soumis à la surveillance du procureur général et leur compétence était étendue à toutes espèces de crimes. Il ressort de cette discussion que l'intention du législateur était de n'accorder aux préfets que les pouvoirs des officiers de police judiciaire; aussi l'article 10 renvoie-t-il à l'article 8 qui détermine ces attributions. Leur pouvoir de faire des visites domiciliaires ne peut donc s'exercer qu'en cas de flagrant délit. Et ils doivent se conformer aux règles prescrites par le Code. — Ils ne peuvent pas par conséquent faire de perquisitions au domicile des tiers. — En décider autrement serait leur attribuer les pouvoirs du juge d'instruction : ce que la loi n'a pas voulu; hors le cas de flagrant délit ils doivent, quand ils découvrent un crime ou un délit, en aviser le ministère public. — De plus l'article 10 leur permet de requérir les officiers de police judiciaire, de faire les actes nécessaires à l'effet de constater les crimes et délits. Le procureur et le juge d'instruction peuvent déléguer leurs pouvoirs (art. 52, 84), dans certains cas expressément visés par la loi; le préfet au contraire peut déléguer tous ses pouvoirs. S'il avait les attributions d'un juge d'instruction, les officiers de police judiciaire à qui il les déléguerait, ne pourraient les exercer, car la loi ne les leur attribue pas, et ils ne peuvent exercer par délégation un pouvoir qui ne leur appartient pas. D'où il résulte que si les officiers de police judiciaire ne peuvent procéder qu'à des actes de police judiciaire le préfet lui-même qui n'a que

les pouvoirs qu'il peut déléguer, n'exercera d'autres pouvoirs que ceux de la police judiciaire.

Si nous adoptons l'opinion de la Cour de cassation il faudrait lui permettre de faire tous les actes d'instruction compris dans la rubrique de la police judiciaire, ce qui comprendrait le droit de décerner le mandat de dépôt ou d'arrêt, d'ordonner la mise en liberté provisoire, etc., ce qui est inadmissible. Quant à poser une limite pour ces actes d'instruction, c'est très délicat. La seule limite est celle qui est dans la loi : la distinction entre la police judiciaire et l'instruction, principe qui est la garantie de la liberté individuelle et par suite de l'inviolabilité du domicile. Le législateur qui a mis la sécurité et la tranquillité des citoyens entre les mains d'un magistrat inspirant de grandes garanties, le juge d'instruction, et n'a point permis même au procureur qui est lui-même un magistrat, de s'introduire dans le domicile des particuliers, n'a pu conférer ce droit pour le préfet qui est un fonctionnaire révocable, instrument du pouvoir exécutif. N'est-il pas à craindre que ce pouvoir accordé aux préfets ne devienne entre leurs mains, surtout dans les temps d'agitation politique, « un moyen d'oppression contre les personnes dont ils soupçonnent les opinions, les relations, les agissements. Leur accorder ce droit serait méconnaître le principe de la séparation des pouvoirs, qui est la meilleure garantie de la liberté. »

§ IV.

Droit de perquisition des gardes-champêtres et forestiers.

L'article 16, Inst. crim., permet, à certaines conditions, aux gardes-champêtres et aux gardes-forestiers, d'opérer des visites domiciliaires pour rechercher la preuve de certains délits.

« Les gardes-champêtres et les gardes-forestiers, considérés comme officiers de police judiciaire, sont chargés de rechercher chacun dans le territoire pour lequel ils auront été assermentés, les délits et les contraventions de police qui auront porté atteinte aux propriétés rurales et forestières. »

Il résulte de ce texte que les gardes-champêtres et forestiers ne sont compétents que pour le territoire déterminé pour lequel ils ont été assermentés. Aussi, le garde-champêtre communal exerce ses fonctions sur toute l'étendue de la commune, le garde particulier, seulement dans les propriétés qu'il est chargé de surveiller, les gardes-forestiers, dans l'arrondissement où ils exercent leurs fonctions.

En second lieu, ils ne peuvent rechercher que les délits et contraventions qui portent atteinte aux propriétés rurales et forestières. Leur compétence s'arrête là. Si un crime ou un délit de droit commun a été commis, ils doivent en avertir l'autorité supérieure, à moins que ce ne soit un flagrant dans quel cas ils ont le droit d'arrêter l'individu qui s'en est rendu coupable. Un fait portant atteinte à la

propriété rurale ou forestière, alors même que la loi, par suite de certaines circonstances, le qualifierait crime, ne pourrait être recherché ou constaté par eux, car leur pouvoir se borne à constater les délits et les contraventions.

Pour leur permettre de recueillir les preuves du délit, la loi leur accorde le droit d'opérer des perquisitions, « ils « suivront, dit l'article 16, les choses enlevées dans les « lieux où elles auront été transportées et les mettront en « séquestre. » La loi a subordonné ce droit à certaines conditions qui sont la garantie des propriétaires. Elle ne permet aux gardes de faire une visite dans les maisons, ateliers, bâtiments, cours adjacentes et enclos, qu'en présence soit du juge de paix, soit de son suppléant, soit du commissaire de police, du maire de l'endroit ou de son adjoint. Cette disposition n'est pas applicable aux lieux qui ne constituent pas le domicile d'un particulier ou une de ses dépendances. Les gardes peuvent faire des perquisitions dans les lieux indiqués par les articles 151, 152, 154, 156 du Code forestier, sans être accompagnés d'un officier public pourvu qu'ils soient au nombre de deux ou qu'ils soient accompagnés de deux témoins domiciliés dans la commune.

L'assistance d'un officier public n'est pas nécessaire au garde pour pénétrer dans un lieu public. C'est ce qui a été jugé par la Cour de cassation dans le cas où le garde-champêtre avait pénétré dans une hôtellerie ouverte à tout le monde et sans aucune opposition de la part du propriétaire⁽¹⁾ à la suite de deux individus coupables d'un délit de

(1) Cass. crim., D. 83,1,227.

chasse, qui n'avaient pas voulu déclarer leurs noms. Suivant cet arrêt, le garde n'avait pas contrevenu à l'article 16, § 3.

Le garde qui s'introduirait dans le domicile d'un citoyen contre le gré de celui-ci, sans être accompagné par l'un des fonctionnaires que nous avons cités plus haut, se rend coupable du délit de violation de domicile prévu par l'article 184, C. proc., et encourt les peines qui y sont édictées.

Lorsque le fonctionnaire indiqué par la loi pour assister le garde dans sa visite refuse de l'accompagner, M. Mangin enseigne que le garde tout seul peut faire sa visite même contre le gré du propriétaire et la déclare régulière⁽¹⁾. M. Faustin Hélie pense, au contraire, et avec plus de raison, que le refus du fonctionnaire n'autorise en rien le garde à s'introduire dans le domicile d'un citoyen; il devra s'abstenir de toute visite et en référer à l'autorité supérieure.

§ V.

Exécution des mandements de justice.

L'exécution des mandats décernés par le juge d'instruction doivent être exécutés par les soins du procureur de la République qui a à sa disposition les agents de la force publique et les huissiers. Pour exécuter les mandats dont ils sont porteurs, les agents de la force publique peuvent pénétrer dans le domicile des individus contre lesquels ces

(1) Mangin : *Traité des proc. verb.*, n° 20.

mandats ont été décernés. Ils peuvent s'y introduire même contre le gré de l'intéressé, *les agents n'étant pas moins même alors dans l'exercice de leurs fonctions*⁽¹⁾. L'assistance du juge de paix ou d'un autre officier municipal, n'est pas nécessaire pour que les agents de la force publique s'introduisent dans un domicile, car ils exécutent un ordre de l'autorité publique.

Ce droit de pénétrer dans le domicile des citoyens leur est accordé aux agents de la force publique par l'article 9 du titre IV de la loi du 19 juillet 1791 ainsi conçu : « Aucun
« agent de la force publique ne peut entrer dans la maison
« d'un citoyen si ce n'est pour l'exécution des mandements
« de police et de justice ou dans les cas formellement recon-
« nus par la loi. »

Certains auteurs ont vu, dans cet article, le droit pour les agents d'employer la force publique pour arrêter le prévenu même dans son domicile, lorsqu'il n'y a pas violation de domicile, par exemple, quand la porte leur a été volontairement ouverte. Mais ils ne leur reconnaissent pas le droit de se faire ouvrir la porte par la force ⁽²⁾. Nous croyons que ce dernier droit leur est implicitement reconnu par le décret de 1811, article 75, et par l'article 109, Inst. crim., qui obligent le porteur d'un mandat d'arrêt à le notifier à la dernière habitation du prévenu et à dresser un procès-verbal de perquisition. Or, pour dresser ce procès-verbal, ils sont obligés de s'introduire dans le domicile

(1) Cass. crim., 12 juin 1834.

(2) Serrigny: *op. cit.*, t. I, p. 419.

du prévenu; les agents de la force publique, pour l'exécution des mandats, peuvent donc s'introduire même de force dans le domicile du prévenu. Ces agents ont le droit de s'introduire de même dans le domicile des tiers où le prévenu se serait réfugié. — Les visites des agents dans la maison du prévenu ou dans celle des autres citoyens ne peuvent avoir lieu la nuit que dans les cas exceptionnels où les fonctionnaires publics ont le droit d'y pénétrer eux-mêmes pour y constater les crimes et délits.

Les articles 184 et 185 de l'ordonnance du 29 octobre 1820, sur le service de la gendarmerie, le prouvent. Mais, en attendant le jour, les agents doivent prendre les mesures nécessaires pour empêcher la fuite du prévenu.

Il a été jugé que si un citoyen prétend que son domicile a été violé, cette violation n'emporte pas la nullité du jugement de condamnation prononcé contre lui; il a le droit seulement de porter plainte contre l'agent qui a contrevenu à l'article 184 du Code pénal ⁽¹⁾.

De même l'excès de pouvoir, de la part des agents de la force publique dans l'exécution d'un mandat, n'emporte pas la nullité de la procédure ⁽²⁾.

(1) Cass. crim., 28 octobre 1808.

(2) Cass. crim., 9 thermidor an IX.

SECTION III.

Exécution des jugements et condamnations.

§ I.

Jugements civils.

Lorsque le créancier a acquis contre son débiteur un jugement de condamnation et que ce dernier ne s'exécute pas volontairement, il faut recourir à une exécution forcée. Cette exécution aboutira à une saisie de meubles ou d'immeubles; mais, pour y procéder, il faut s'introduire dans le domicile du débiteur; on se heurte alors au principe de l'inviolabilité du domicile. La loi a dû le faire fléchir pour cette fois encore, afin d'assurer l'exécution des jugements; elle a cherché à limiter étroitement cette exception au principe pour concilier la nécessité pratique avec le principe de l'inviolabilité du domicile.

Quelles règles a-t-elle posées? S'agit-il d'une saisie-exécution ou saisie mobilière, l'huissier y procédera accompagné de deux témoins; s'il trouve la porte ouverte ou si on la lui ouvre volontairement, il entre et accomplit sa mission. Que s'il trouve la porte fermée, il ne peut forcer l'entrée de la maison; il doit laisser un gardien à la porte et requérir l'assistance d'un officier public, du juge de paix ou, à son défaut, du commissaire de police, du maire ou de l'un des adjoints. La loi n'a point voulu que l'huissier, qui est chargé

d'intérêts privés, puisse exercer des violences matérielles pour s'introduire dans le domicile des particuliers; elle a voulu qu'une atteinte ne puisse être portée à un principe constitutionnel qu'en présence d'un officier public, représentant de l'autorité.

Telle est la règle que pose l'article 587 du Code de procédure civile. Cette assistance de l'officier public se justifie pleinement. Il faut, dit M. Colmet-Daage, que la formule exécutoire reçoive son effet, mais on conçoit qu'il n'appartient qu'à un officier délégataire de la puissance publique de faire une pareille réquisition et de donner de pareils ordres ⁽¹⁾.

Si le propriétaire refuse d'ouvrir sa porte malgré les injonctions de l'officier public, ce dernier pourra requérir la force publique pour l'enfoncer.

L'assistance de l'officier public est nécessaire non seulement dans ce cas, mais encore lorsqu'il n'y a personne au domicile du débiteur, dont les portes ont d'ailleurs été ouvertes sans fractures. La Cour de Poitiers a jugé qu'il y avait violation de domicile pour cause d'inobservations des formes édictées par l'article 587 du Code de procédure civile, et a annulé une saisie faite hors la présence du débiteur et sans l'assistance d'un officier public ⁽²⁾.

La loi a établi des règles particulières pour le cas de saisie-revendication. Cette saisie n'est possible qu'en vertu d'une ordonnance du président du tribunal de première ins-

(1) Colmet-Daage, *Leçons sur le Code de procédure civile*, p. 187.

(2) Cour de Poitiers, 7 mai 1818, J. P., 1818, n° 793.

tance rendue sur requête (art. 826); et l'article 829 ajoute :
« Si celui chez lequel sont les effets qu'on veut revendiquer
« refuse les portes ou s'oppose à la saisie, il en sera référé au
« juge; et cependant il sera sursis à la saisie, sauf au requé-
« rant à établir garnison aux portes. » La saisie-revendication
a pour objet certains meubles seulement et qu'on cherche
chez une personne qui n'est pas débitrice du saisissant; elle
nécessite une perquisition domiciliaire. La loi n'a pas per-
mis facilement cette perquisition, et a exigé qu'elle fût au-
torisée par ordonnance du président du tribunal; celui chez
lequel cette perquisition doit avoir lieu a en outre le droit
de faire surseoir à l'exécution en introduisant un référé
devant le président du tribunal.

§ II.

Jugements criminels.

Les jugements criminels peuvent entraîner deux sortes
de condamnations : 1° des condamnations pécuniaires à des
dommages-intérêts en faveur de la partie civile, pour la ré-
paration du préjudice que lui a causé le délit commis et à
des amendes, restitutions ou dommages-intérêts et frais pro-
noncés contre les condamnés au profit de l'État.

2° Des jugements de condamnation à des peines afflic-
tives et infamantes.

Pour les condamnations pécuniaires, la contrainte par
corps a été maintenue au profit de la partie civile et de l'État.
Pour procéder à l'arrestation du condamné soumis à la con-

trainte par corps, il y a lieu de pénétrer dans son domicile; les agents de l'autorité devront se conformer aux règles édictées par l'article 781 du Code de procédure civile.

Quant aux jugements de condamnation à des peines afflictives ou infamantes ou à l'emprisonnement, leur exécution est laissée aux officiers auxiliaires du ministère public qui confient ce soin aux huissiers et agents de la force publique qu'ils ont sous leurs ordres⁽¹⁾.

Les règles que nous avons exposées pour les mandats, s'appliqueront ici aussi. Les agents n'auront pas besoin de se faire accompagner par un officier de police pour arrêter le condamné chez lui ou chez le tiers dans le domicile duquel il s'est réfugié, etc.

SECTION IV.

Exécution des lois sur les contributions publiques.

§ I.

Impôts directs.

Le recouvrement des impôts directs peut donner lieu contre les contribuables aux mêmes actes de poursuite auxquels la partie condamnée en matière civile était exposée : commandements, saisies, ventes, etc. Avant la loi de 1877 il existait un autre moyen de poursuite, qui datait d'une

(1) Lois des 16-24 août 1790, t. VIII, art. 5.

époque fort reculée; c'était la garnison. On distinguait deux sortes de garnison : la garnison collective et la garnison individuelle.

La garnison collective avait lieu par un seul garnisaire contre plusieurs redevables à la fois. Elle pouvait être exercée sans distinction contre tous les contribuables retardataires, du montant des cotés, mais elle ne pouvait se prolonger au delà de dix jours contre les contribuables de la même commune. Cette poursuite était notifiée, à chacune des redevables, par un bulletin imprimé, non soumis au timbre et à l'enregistrement. Après la distribution de ce bulletin, le garnisaire devait, pendant la durée de la contrainte, se rendre chez les contribuables pour les solliciter à payer. Avant la loi de 1839, les frais de la garnison collective étaient supportés par tous les contribuables compris dans la poursuite et ils se réglaient d'après le nombre des journées qu'avait duré la garnison. Le règlement de 1839 fixe le salaire du garnisaire à une somme fixe par bulletin de garnison; de cette façon le porteur de contrainte n'est plus intéressé à prolonger la garnison et le contribuable connaît ainsi à l'avance les frais qu'il sera obligé de déboursier en cas de non paiement.

La garnison individuelle avait lieu contre un seul redevable par un garnisaire qui s'établissait dans son domicile. Cette mesure était de beaucoup plus vexatoire et constituait une véritable atteinte au principe de l'inviolabilité du domicile. Le fisc pensait amener le débiteur au paiement, par l'ennui que lui causait le garnisaire installé chez lui. Cette

garnison ne pouvait être exercée que trois jours après la garnison collective. Le contribuable devait, outre le prix de ses journées, fournir au garnisaire pendant deux jours au plus la nourriture et le logement, néanmoins il pouvait se libérer en numéraire de ces deux dernières charges.

Les poursuites par voie de garnison collective ou individuelle pouvaient être exercées par le percepteur de sa propre initiative à moins d'ordre contraire du receveur. Il pouvait directement procéder par voie de garnison individuelle, sans pouvoir toutefois revenir à la garnison collective pour la même dette et contre le même débiteur. La garnison individuelle ne pouvait être employée directement que lorsque la somme due pour les contributions excédait 40 fr., et que les termes dus atteignaient 6 douzièmes.

Cette faculté laissée au percepteur d'employer l'une ou l'autre de ces deux mesures, pouvant donner lieu à des abus, fit abandonner en 1877 ce mode de contrainte qui est fort ancien. Il avait été organisé par le règlement du 31 avril 1761 et, à l'époque du droit intermédiaire, par la loi du 17 brumaire an V, qui consacra à nouveau le principe de la garnison. (Ce ne fut qu'en 1877, avons-nous dit, qu'on supprima ces deux moyens de poursuites.) La garnison individuelle surtout ne répondait plus à l'esprit de liberté qui dominait dans les lois; de plus, les résultats auxquels elle aboutissait n'étaient pas satisfaisants. On relève dans l'exposé des motifs du projet de loi, ces paroles du ministre des finances : « Il nous est démontré, d'après les résultats constatés en dernier lieu, que, s'il est utile de maintenir la garnison

collective dont le coût est fort minime, et qui a surtout pour objet de rappeler au contribuable ses obligations envers le Trésor, il n'en est pas absolument de même de la garnison individuelle dont l'emploi est relativement peu fréquent, puisque le nombre d'actes qu'elle représente ne s'est élevé, en 1874, qu'à 3491 sur 1,366,838 actes de poursuites, » et plus loin : « Aujourd'hui que le recouvrement de l'impôt direct s'opère avec une facilité qui témoigne de l'aisance et de la bonne volonté des contribuables, il nous paraît opportun de faire disparaître un mode de poursuites dont le caractère vexatoire n'est plus justifié par nos mœurs administratives (1). »

La loi du 9 février 1877 supprima la garnison individuelle et remplaça la garnison collective par la sommation avec frais.

§ II.

Impôts indirects.

Nous avons vu que les visites des employés de la régie chez les fabricants, et d'une façon générale l'exercice de leurs fonctions, sont possibles pendant la nuit, mais à certaines conditions. Pendant le jour ils peuvent s'introduire chez les fabricants beaucoup plus souvent, et ont même le droit d'étendre leurs perquisitions aux domiciles des particuliers qui ne sont point, par leur profession, assujettis à ces visites. Nous distinguerons donc les deux cas : 1° visites chez les redevables ; 2° visites chez les particuliers.

(1) *Journal officiel* du 12 mai 1876, p. 3223.

1° *Visites chez les redevables.* — Les débiteurs, marchands en gros, distillateurs, brasseurs, etc., sont assujettis aux visites et exercices des employés de la régie. Ces visites ne sont point à proprement parler des visites domiciliaires, car ces personnes, par la profession qu'elles exercent, ont accepté que les préposés à la surveillance et à la vérification pussent s'introduire dans leurs maisons. Ils ont en quelque sorte renoncé au principe de l'inviolabilité du domicile. La loi, qui a dû soumettre à ces visites l'exercice de leur profession, en a réglé les formes et a déterminé les conditions auxquelles il y serait procédé. Les textes qui réglementent ces visites se trouvent dans la loi du 28 avril 1816.

L'article 56 de cette loi détermine les endroits que les employés de la régie peuvent visiter. L'énumération en est complète; elle comprend les caves, celliers, magasins et autres parties des maisons des redevables. Ainsi les préposés ont le droit de s'introduire même dans les maisons particulières et se faire ouvrir toutes les portes pour opérer leurs perquisitions. Ils ont le droit de se faire ouvrir les meubles, et le refus du débiteur d'obtempérer à la réquisition des employés de l'administration des contributions indirectes, constitue un refus de souffrir les exercices de ces employés, qui rend le débiteur passible des peines prononcées pour ce fait par la loi du 28 août 1816 (art. 68); le refus ne pourrait être motivé sur ce que les employés ne sont pas assistés d'un officier de police, conformément à l'article 83 de la loi du 5 ventôse an XII, car cet article n'est applicable qu'aux particuliers non débiteurs. C'est ce

qu'a décidé la Cour de cassation dans plusieurs arrêts. Lorsque le décret du 22 juin 1848 rétablit l'exercice conformément à la loi de 1816, qui avait été abrogée par un décret du 31 mars 1848, l'administration décida que les visites seraient restreintes au local servant au débit, aux caves, celliers, magasins et autres lieux où les boissons seront déposées. Elle supprimait aussi les visites des employés dans le domicile privé du débitant⁽¹⁾. Cependant, dans le cas où une fraude est soupçonnée, il y a exception à la nouvelle règle, et les perquisitions dans le domicile du débitant sont permises, à la condition que les employés soient accompagnés dans leurs visites par un officier de police, comme dans le cas où elles ont lieu chez un particulier. Cette condition étant très difficile à remplir, dès l'année suivante une autre circulaire⁽²⁾ ouvrit aux employés le droit de faire des visites dans le domicile privé d'un débitant sans se faire assister d'un officier de police; il leur suffit d'opérer sous la direction ou sur l'ordre d'un employé supérieur, du grade de contrôleur au moins. Néanmoins il a été jugé que cette disposition n'était pas exigée à peine de nullité, et qu'elle était seulement indicative. La perquisition accomplie sur l'ordre d'un employé de la régie, inférieur en grade à un contrôleur, était valable. La Cour de cassation a validé une visite faite sous la direction d'un contrôleur de l'octroi⁽³⁾. La circulaire ajoute qu'en cas d'absence de l'employé supérieur, les employés de tout grade pourront opérer des visites,

(1) Circulaire du 2 juillet 1848.

(2) Circulaire du 31 décembre 1849.

(3) D. 1878, 1, 385.

pourvu qu'ils soient accompagnés d'un officier de police. Mais cette dernière restriction n'est pas suivie en pratique, de sorte que l'on est revenu à la législation de 1816 autorisant les employés de la régie à s'introduire dans le domicile privé du débitant sous aucune condition.

L'article 26 de la loi de 1816 décide à quelles heures il fait jour et à quelles heures par conséquent sont possibles les visites des employés de la régie.

2° *Visites chez les particuliers.* — La loi est plus exigeante quand il s'agit des visites que les employés de la régie peuvent faire chez les particuliers. C'est avec raison, car si le débitant ou le marchand se soumettent à ces violations de leur domicile par suite de la profession qu'ils exercent, le simple particulier doit au contraire être garanti contre les atteintes portées à l'inviolabilité de son domicile.

La loi du 5 ventôse an XII permettait aux préposés de procéder à des visites chez les particuliers non débiteurs, qu'ils soupçonnaient de recéler des boissons, de se livrer à la fraude, en se faisant accompagner d'un officier de police.

La loi de 1816, article 237, a reproduit cette disposition en y ajoutant une nouvelle condition : « En cas de soupçon
« de fraude à l'égard des particuliers non sujets à l'exercice,
« les employés pourront faire des visites dans l'intérieur de
« leur habitation, en se faisant assister du juge de paix, du
« maire, de son adjoint ou du commissaire de police, les-
« quels seront tenus de déférer à la réquisition qui leur
« en sera faite, et qui sera transcrite en tête du procès-
« verbal. Ces visites ne pourront avoir lieu que d'après

« l'ordre d'un employé supérieur, du grade de contrôleur
« au moins, qui rendra compte des motifs au directeur du
« département. »

Il ressort de ce texte que la loi soumet à deux conditions les visites domiciliaires des employés des contributions : 1° l'assistance du juge de paix, ou du maire, de son adjoint, ou du commissaire de police ; 2° l'ordre donné par un employé supérieur, en grade à un contrôleur.

La première de ces deux conditions garantit les particuliers contre les actes arbitraires des employés. Aussi doit-elle être observée par les préposés à peine de nullité du procès-verbal qu'ils dressent.

Les intéressés peuvent renoncer à cette garantie ; mais dans ce cas, il est indispensable que le procès-verbal constate que l'employé n'a pas été assisté d'un officier, et ce du consentement de l'intéressé, le tout à peine de nullité du procès-verbal. La Cour de cassation n'exige pas cette mention dans le procès-verbal ; elle a déclaré que le vice résultant du défaut d'assistance par un officier public peut être couvert par le consentement de l'intéressé, et qu'à défaut de réclamation et protestation de sa part, son consentement est présumé ⁽¹⁾.

La loi, observe la Cour, n'a nulle part prononcé la nullité du procès-verbal, et l'on ne peut pas le déclarer nul pour abus d'autorité, dès que le propriétaire de la maison soumise à la visite ne s'y est pas opposé.

(1) Cass., 10 avril 1823 ; Cass., 24 janvier 1818,

Il faut, en second lieu, pour procéder à une visite chez un particulier, l'ordre d'un employé supérieur. Avant de donner cet ordre, l'employé supérieur pèsera l'utilité de la visite; sans cet ordre, la perquisition n'est pas possible. L'ordre doit être écrit et non verbal. La régie avait prétendu que, dans le silence de la loi, un ordre verbal était suffisant.

La Cour de cassation en a décidé autrement⁽¹⁾. « Il n'y
« aurait aucun cas, observe-t-elle dans ses considérants, ou
« en alléguant ou supposant un ordre verbal, les plus
« simples commis de la régie ne pussent arbitrairement et
« impunément s'attribuer un caractère d'autorité et violer
« le domicile des particuliers. »

Les employés doivent exhiber l'ordre qu'ils ont reçu au particulier chez qui ils veulent accomplir la visite; et ce à peine de nullité, et cette exhibition doit être mentionnée au procès-verbal. C'est en vertu de cet ordre qu'ils ont le droit de pénétrer dans le domicile d'un particulier; ils prouvent leur mission exceptionnelle en en produisant le titre, au moment où ils se mettent en devoir de la remplir; d'où il suit qu'ils sont tenus d'exhiber ce titre, tant à l'officier de police dont ils requièrent l'assistance qu'au particulier qui y est désigné, afin que ce dernier puisse vérifier que c'est bien son domicile qui est l'objet de la visite et qu'il doit s'y soumettre.

Il est un cas, prévu par le dernier alinéa de l'article 237,

(1) Cass. crim., 10 avril 1823.

où les prescriptions de la loi ne sont plus obligatoires. « Les
« marchandises transportées en fraude qui, au moment
« d'être saisies, seraient introduites dans une habitation
« pour les soustraire aux employés, pourront y être suivies
« par eux, sans qu'ils soient tenus, dans ce cas, d'observer
« les formalités ci-dessus prescrites. »

§ III.

Douanes.

La loi, pour assurer la répression de la contrebande, a permis aux préposés des douanes d'opérer des perquisitions soit sur les voitures ou navires qui franchissent la frontière, soit au domicile des citoyens, afin de saisir les marchandises qui auraient été frauduleusement introduites et de rechercher les entrepôts frauduleux de marchandises.

Les visites domiciliaires sont autorisées par les lois du 6 août 1871, titre 13, et la loi du 28 avril 1816.

Il résulte de ces textes que les perquisitions domiciliaires ne peuvent être opérées par les agents des douanes que dans deux cas.

1° Dans le rayon frontière, lorsqu'ils ont vu introduire dans ce rayon des marchandises qu'ils n'ont pas perdues de vue jusqu'à leur dépôt dans une maison.

2° Hors du rayon frontîéré, lorsqu'ils ont vu les fraudeurs franchir la frontière et qu'ils ne les ont pas perdus de vue jusqu'au moment de l'introduction des marchandises dans une maison. Il faut, de plus, que les employés se présentent

au moment même de l'introduction des marchandises dans la maison.

Ces conditions doivent être scrupuleusement suivies par les préposés des douanes. La Cour de cassation a décidé, dans une espèce où les préposés n'avaient pas vu introduire les marchandises dans la maison où elles étaient déposées, que la saisie opérée par les douaniers était nulle, et elle a ordonné la restitution des marchandises ⁽¹⁾.

Si les douaniers ont perdu de vue pendant quelques instants les marchandises, par exemple pour se procurer les moyens de les suivre ou de les saisir, ils peuvent tout de même pratiquer une visite domiciliaire, quoique la loi de 1791 semble exiger que la marchandise n'ait pas échappé un seul instant à leurs regards. La Cour de cassation s'est prononcée en ce sens. « L'article 36 de la loi, a-t-elle dit, doit
« être entendu en ce sens que les employés doivent s'occu-
« per uniquement et exclusivement des moyens de parvenir
« à cette recherche et à cette saisie, sans se livrer à aucune
« autre opération, en sorte que si, tout en s'occupant de
« l'objet de leur recherche et pour s'en emparer, ils l'ont
« momentanément perdu de vue par un fait ou une circons-
« tance indépendante de leur volonté, la saisie qu'ils ont
« faite n'en est pas moins conforme à la loi ⁽²⁾. »

Les préposés des douanes, comme les autres préposés, doivent se faire accompagner du juge de paix, du maire, de

(1) Cass., 2 décembre 1824; 9 mars 1843.

(2) Cass., 23 octobre 1807 (P. VI, p. 327).

son adjoint ou du commissaire de police dans leurs visites domiciliaires.

Les préposés des douanes ont été autorisés par l'article 60 de la loi de 1816, en dehors des cas que nous avons énumérés, à faire des visites domiciliaires pour rechercher, dans toute l'étendue du territoire, les tissus de fabrication étrangère. Cette mesure est motivée par le besoin de protéger l'industrie nationale.

SECTION V.

Il nous reste à examiner une question, qui est vivement débattue; c'est celle de savoir si on peut résister par la violence à un acte arbitraire ou irrégulier des agents de l'autorité publique et si, dans ce cas, la résistance constitue le délit de rébellion. En notre sujet, la question se pose à propos du fait, par des agents de l'autorité, de s'introduire illégalement dans le domicile d'un citoyen.

La jurisprudence est fort divisée sur cette question; la Cour de cassation et les Cours d'appel adoptent des théories tout à fait opposées.

Le délit de rébellion est prévu par l'article 209 du Code pénal, ainsi conçu : « Toute attaque, toute résistance avec
« violence et voies de fait envers les officiers ministériels, les
« gardes-champêtres ou forestiers, la force publique, les pré-
« posés à la perception des taxes et des contributions, les
« porteurs de contraintes, les préposés des douanes; les sé-
« questres, les officiers ou agents de la police administrative

« ou judiciaire, agissant pour l'exécution des lois, des ordres
« ou ordonnances de l'autorité publique, des mandats de
« justice ou jugements, est qualifiée, selon les circonstances,
« crime ou délit de rébellion. »

Cet article définit le crime ou délit de rébellion, mais il est muet sur notre question. Le législateur de 1810, a jugé prudent de ne trancher la question ni dans un sens ni dans l'autre. Aussi devons-nous pour la résoudre nous inspirer de l'esprit de la loi, en la rapprochant des dispositions du Code pénal de 1791.

Des divers arrêts rendus par la Cour de cassation sur la matière, on peut en dégager la règle suivante : quelle que soit l'illégalité de l'acte accompli par un agent de la force publique, si flagrant que soit l'abus du pouvoir commis, les citoyens doivent obéir; ils n'ont pas le droit de discuter un acte présumé légal; ils peuvent seulement se plaindre après qu'il a été accompli.

La Cour de cassation motive sa décision en présumant la légalité des actes des agents de l'autorité publique; il suffit, suivant elle, que ces agents soient dans l'exercice de leurs fonctions, pour que toute résistance à leur égard soit interdite, car, dit-elle, « la présomption légale est que les chefs et agents de la force armée, nommés pour le maintien des lois, les respectent et n'agissent que conformément à ces lois ⁽¹⁾. » Même si l'acte est illégal, le citoyen ne peut

(1) Cass., 3 septembre 1824 (D. 18,1824,1,403); Cass., 15 juillet 1826; Cass., 1839, *Bull.*, n° 389; Cass., 1849, *Bull.*, n° 209; Cass., 1866, *Bull.*, n° 199; Cass., 1884, *Bull.*, n° 60.

opposer aux agents de l'autorité qui y procèdent une résistance quelconque. C'est ce qui ressort des considérants d'un arrêt de la Cour, qui s'exprime ainsi : « L'illégalité d'un acte ne peut, en aucun cas, autoriser un particulier à « s'y opposer avec violences ou voies de fait; le système « contraire, qui conduirait à autoriser chaque particulier à « se constituer juge des actes émanés de l'autorité publique, serait subversif de tout ordre public; il ne serait « fondé sur aucune loi et ne peut être admis⁽¹⁾. » — Si la Cour n'admet pas que les particuliers s'opposent à un acte illégal, à plus forte raison doivent-ils subir un acte irrégulier en la forme; le défaut de formalités permet aux particuliers de demander la nullité de l'exécution et des dommages-intérêts, mais ne les autorise pas à résister aux agents de l'autorité; ils ne peuvent se faire juges de l'observation des formes que la loi prescrit⁽²⁾.

Nombre de Cours d'appel se sont prononcées contre le système de la Cour de cassation. Elles admettent que la résistance à une illégalité est un acte de légitime défense et ne constitue pas le délit de rébellion prévu par l'article 209 du Code pénal.

La plupart des arrêts rendus en ce sens ont d'ailleurs été cassés. Voici quelques-unes des espèces sur lesquelles les Cours d'appel ont eu à prononcer.

Les Cours de Riom et de Nîmes ont jugé qu'il n'y a pas

(1) Cass., 14 avril 1820, *Bull.*, p. 15; Cass., 5 janvier 1821 (S. 1, 122); Cass., 22 août 1867, *Bull.*, p. 199.

(2) Cass., 14 avril 1820, *Bull.*, p. 151.

rébellion de la part d'un citoyen qui s'oppose à l'entrée, dans son domicile, de gendarmes qui s'y présentent pendant la nuit ou qui n'exhibent pas l'ordonnance de prise de corps dont ils sont porteurs ⁽¹⁾.

La Cour de Toulouse a jugé de même dans une espèce analogue, où les gendarmes avaient voulu s'introduire nuit dans la maison d'un conscrit pour l'arrêter; celui-ci leur résista et se livra à des voies de fait ⁽²⁾.

La Cour de Lyon a aussi déclaré la résistance légitime dans le cas où un huissier, procédant à l'exécution d'un jugement entraînant contrainte par corps, ne s'était pas fait accompagner par le juge de paix ⁽³⁾.

Auquel de ces deux systèmes donnerons-nous la préférence? Le système, suivi par les Cours d'appel, est le plus conforme à la raison.

Il importe d'observer que le droit à la résistance a été de tout temps admis. Le droit romain le consacrait dans une loi, qui paraît être spéciale aux agents du fisc (L. 5, Code *De jure fisci*). Jousse nous dit, s'inspirant de cette loi : « Il y a quelques cas, où il est permis à celui que l'on veut emprisonner de faire résistance, et cela a lieu principalement lorsque celui qui veut arrêter est sans caractère, ou lorsque, ayant caractère, il n'a point les marques de son ministère, ou bien lorsqu'il est porteur d'un mandement ou décret d'un juge sans caractère, ou bien lorsqu'il a excédé son pouvoir,

(1) Riom, 4 janvier 1827; Nîmes, 21 novembre 1826 (J. P., p. 20, 951).

(2) Toulouse, 23 février 1826 (J. P., 1826, p. 204).

(3) Lyon, 10 juin 1824 (J. P., 1824, p. 784).

ou qu'il n'a point observé les formes de justice. En effet, cette résistance est plutôt une défense légitime qu'une rébellion. Ainsi, il est permis à celui qu'on veut arrêter injustement, non seulement de résister, mais encore d'appeler ses amis et ses voisins à son secours pour l'aider à se défendre ⁽¹⁾. » L'on voit que le principe de la résistance était admis dans l'ancien droit; Jousse en trace même avec précision l'étendue d'application.

De même le Code pénal de 1791 ne punissait la résistance qu'autant qu'elle était opposée à un dépositaire de la force publique *agissant légalement dans l'ordre de ses fonctions*. La déclaration des droits de l'homme, insérée dans la Constitution de 1793, article 11, décidait de même : « Tout acte exercé contre un homme, hors les cas et sans les formes que la loi détermine, est arbitraire et tyrannique; celui contre lequel on voudrait l'exécuter par la violence a le droit de le repousser par la force. »

Sans vouloir aller aussi loin que la Constitution de 1793, qui aboutissait à la négation de l'ordre social en permettant aux citoyens de contrôler les actes des agents de l'autorité, tant en la forme qu'au fond, on peut trouver un terme moyen entre la négation complète du droit de résistance et le système de 1793. Les particuliers n'ont ni le droit absolu de résister, ni l'obligation absolue de se soumettre aux actes illégaux de l'autorité; le tout c'est de trouver le point de départ du droit à la résistance, et de poser des limites précises à son exercice.

(1) Jousse : *Traité des mat. crim.*, t. IV, p. 79.

En premier lieu, il faut reconnaître avec la Cour de cassation : 1° que les agents de l'autorité sont présumés n'agir que pour le maintien de l'ordre, et conformément aux lois ; 2° que les particuliers doivent obéissance aux ordres du pouvoir. Ces deux principes sont justes, mais il ne faut pas les appliquer sans distinction. Il y a un juste milieu, avons-nous dit, entre l'obéissance passive et la résistance absolue ; c'est ce juste terme que nous avons à déterminer.

Un acte illégal ou irrégulier des agents de l'autorité, ne légitime pas dans tous les cas la résistance des particuliers. Une distinction est nécessaire.

Lorsque le représentant de l'autorité agit dans la sphère de ses pouvoirs, avec un mandat légal, les particuliers ne peuvent s'opposer à l'exécution de l'acte auquel il procède alors même qu'une irrégularité ou illégalité auraient été commises, soit dans le titre même en vertu duquel il procède, soit au moment même où il agit. L'intéressé pourra demander des réparations par les voies légales à raison des garanties dont il a été privé ; mais il ne lui appartient pas d'apprécier la légalité et la régularité de l'acte, car ce serait entraver la justice. L'agent de l'autorité agissant en cette qualité en vertu d'un titre régulier, le particulier doit se soumettre : sinon, il contrevient à l'article 209, et commet le délit de rébellion.

Il en est autrement lorsque l'agent agit en dehors de la sphère de ses attributions, ou qu'il accomplit un acte qui lui est expressément défendu par la loi : par exemple s'il veut opérer une arrestation sans mandat, hors le cas de fla-

grant délit, ou bien s'il veut s'introduire la nuit dans le domicile d'un citoyen pour opérer une perquisition. En pareil cas la résistance est légitime. L'agent ne peut plus être couvert par la loi, puisque, le premier, il la viole d'une manière flagrante; la résistance est même légitime, car l'intéressé, en s'opposant à l'exécution d'un acte illégal, bien loin de commettre un délit s'oppose à une violation de la loi.

L'article 209 est à cet égard très explicite : Il y a rébellion en cas de violence opposée aux officiers publics « agissant pour l'exécution des lois, etc. » La loi suppose donc la légitimité des actes auxquels une résistance est opposée. Le mot *légalement*, employé par le Code pénal de 1791, est sous-entendu dans l'article 209 de notre Code.

CHAPITRE IV.

VIOLATION DE DOMICILE DE LA PART D'UN SIMPLE PARTICULIER.

La loi du 28 avril 1832 a ajouté à l'article 184 un deuxième paragraphe, relatif à la violation de domicile commise par un simple particulier. Elle a ainsi comblé la lacune qui existait dans le Code de 1810 qui ne s'occupait que de la violation de domicile commise par des agents de l'autorité. C'est par eux que ce délit est le plus souvent commis, mais de simples particuliers peuvent aussi s'en rendre coupables. Ce deuxième paragraphe est évidemment mal placé sous la rubrique *des abus d'autorité*. On s'explique qu'on ait laissé cette disposition sous cette rubrique, avec laquelle elle n'a de rapport que par la connexité de la matière, étant donnée la méthode suivant laquelle on a procédé à la révision du Code en 1832.

M. Charlemagne, qui a proposé l'introduction dans la loi de cette disposition, a justifié en ces termes cette innovation :

« Il existe une lacune dans le Code pénal de 1810 : ses auteurs ont paru oublier qu'il était possible qu'un particu-

« lier violât le domicile d'un autre particulier, et cependant
« l'expérience nous apprend tous les jours le contraire. Dans
« les grandes villes où la police s'exerce d'une manière
« sévère, ce délit a lieu fort rarement; mais il n'en est pas
« de même dans les campagnes où très souvent les habitants
« isolés se trouvent exposés à la tyrannie ou à la brutalité
« des voyageurs ou du premier venu.

« C'est un abus qu'il faut réprimer, c'est une lacune qu'il
« faut combler. Il faut que le citoyen le plus dénué de moyens
« de défenses soit entouré de tous les moyens de sécurité :
« la loi et la justice doivent veiller continuellement à ses
« côtés. »

Il y a délit de violation de domicile par un simple particulier aux mêmes conditions exigées pour la violation de domicile par abus d'autorité. Ce qui suppose une introduction illégale dans un domicile, sans les formalités prescrites, et contre le gré du propriétaire. Toute la différence, c'est que le délit n'implique pas abus d'autorité, celui qui le commet n'étant investi d'aucune autorité; en revanche, la loi exige qu'il y ait eu emploi de menaces ou de violences. Ainsi, pour qu'il y ait violation de domicile de la part d'un particulier, il faut essentiellement « qu'il se soit introduit à l'aide de menaces ou de violences dans le domicile d'un citoyen. »

Quel sens faut-il donner à ce mot « *violences*? » La jurisprudence a été divisée sur ce point.

Les menaces ne peuvent s'adresser qu'à une personne, elles supposent la présence du propriétaire de la maison, lequel subit une contrainte par la crainte d'un mal imminent

ou par intimidation. C'est là ce qu'il faut entendre par menaces : sur ce point pas de difficultés.

Il n'en est pas de même du mot violence. Désigne-t-il seulement les violences exercées sur une personne, ou bien aussi celles exercées sur les choses? Suivant les uns, le délit de violation de domicile n'existe qu'autant que le propriétaire de la maison a été l'objet de violences.

Nous décidons, sans hésiter, que les violences matérielles comme les violences personnelles sont de nature à constituer le délit de violation de domicile.

Les partisans de la théorie contraire s'attachent à la rubrique de la section « *des abus d'autorité*; » mais l'argument qu'ils en tirent perd beaucoup de sa valeur pour qui connaît par suite de quelles circonstances notre disposition a été rangée dans cette rubrique. Ils s'attachent surtout aux expressions de la loi « *violences et menaces*. »

Les menaces, disent-ils, ne peuvent s'adresser qu'à la personne du propriétaire ou du possesseur de la maison : il doit en être de même de la violence qui, directement ou indirectement, est exercée sur cette même personne. Décider autrement, c'est confondre les violences avec les voies de fait qui peuvent avoir pour objet une chose aussi bien qu'une personne ⁽¹⁾.

Cette manière d'interpréter le mot violence nous semble erronée en même temps que dangereuse.

Il s'en faut d'abord que le législateur ait toujours attaché un sens aussi précis au mot « violence, » témoin l'article 441

(1) Morin : *Rép. de droit crim.*, v^{is} *Violences, Voies de fait*.

du Code pénal, où le mot violence est employé pour désigner les pillages, dévastations, et autres excès commis sur les choses et non sur les personnes. Dès lors que la loi ne donne pas à ce mot un sens précis, on peut, pour se fixer sur sa signification dans notre hypothèse, s'inspirer de l'esprit de la disposition qui nous occupe. Or, en toute notre matière, le législateur a eu surtout en vue de protéger le domicile de chaque citoyen : ce résultat est manqué dans l'opinion contraire. Dans cette opinion, à supposer une maison momentanément inhabitée, si un individu y pénètre par la violence, par exemple par escalade ou à l'aide d'une fausse clef, sans bris de clôture, il n'y aurait pas de violation de domicile, des violences n'ayant pas été exercées contre une personne. Nous répétons que la loi n'a pu vouloir ce résultat, qui aboutit à laisser impunis une foule d'actes répréhensibles et à lui faire manquer le but qu'elle s'était proposé en 1832.

La jurisprudence n'a pas défendu longtemps cette opinion ⁽¹⁾. La Cour de Chambéry l'abandonna après l'avoir soutenue. D'autres Cours avaient depuis longtemps défendu le système que j'ai exposé ⁽²⁾. La jurisprudence est actuellement bien fixée sur le sens du mot violences : elle entend par là non seulement les violences envers les personnes, mais encore de l'emploi de tout moyen violent pour surmonter les obstacles matériels qui s'opposent à l'entrée dans le domicile d'autrui.

(1) Chambéry, 28 février 1867 (D. 67,2,63).

(2) Angers, 24 octobre 1856 (D. 57,2,48); Paris, 22 juin 1849 (D. 51,2,214).

La Cour de Rennes ⁽¹⁾, prononçant sur un cas de violation de domicile opérée à l'aide de violences exercées sur les obstacles matériels, notamment par escalade, a déclaré « que
« lorsqu'il s'agit de protéger le domicile d'un citoyen contre
« une introduction agressive, l'expression de violence a un
« sens plus large et plus générique et s'applique à l'édifice
« tout aussi bien qu'à la personne, et qu'on peut alors re-
« connaître le caractère de violence dans tout acte anormal
« où une force, un moyen quelconque a été employé pour
« vaincre les obstacles matériels qui, par la volonté du pro-
« priétaire ou du locataire, s'opposaient à l'introduction. »

Ainsi le domicile des citoyens est efficacement protégé. Son envahissement à l'aide de violence matérielle constitue le délit de violation de domicile : peu importe que le propriétaire en soit absent. Tel est véritablement le sens qu'on entendit donner à l'article 184 en 1832.

Je puis, dans le même sens, invoquer nombre de décisions, notamment un arrêt de la Cour de Chambéry ⁽²⁾ qui, abandonnant sa jurisprudence antérieure, décida qu'il y avait violation de domicile de la part d'un individu qui s'était introduit dans une maison en escaladant une fenêtre et en brisant une treille.

Dans tous les cas, cependant, il faut qu'une violence matérielle ait été exercée. Le délit de violation de domicile n'existe pas s'il a seulement été apporté un trouble à la tranquillité d'une personne dans sa demeure sans aucune me-

(1) Rennes, 15 mars 1871 (D. 73,2,90).

(2) Chambéry, 4 novembre 1875 (D. 79,5,442).

nace, ni aucune violence, même exercée sur les choses, ou s'il a employé, pour s'introduire dans l'habitation, une ruse, une simulation, ou enfin une clef indûment conservée. Ainsi décide la jurisprudence. La Cour de Caen, par un arrêt du 10 juillet 1878 ⁽¹⁾, a jugé qu'il n'y a pas de violation de domicile de la part d'un individu qui s'introduit dans le domicile d'un citoyen par la porte non fermée à clef, sans employer la force et en se bornant à soulever la clinche de la porte. Il résulte de ce même arrêt qu'il n'y a pas non plus de délit quand un individu qui s'est introduit dans une maison y reste contre la volonté du propriétaire, mais sans employer la force. De même quand un ancien locataire s'est servi d'une clef qu'il avait illégalement conservée ⁽²⁾.

La Cour d'Amiens a eu à juger un cas de violation de domicile qui doit arrêter notre attention. La dame X... avait été autorisée à résider seule au cours d'une instance en séparation de corps intentée par elle; son mari se présenta un jour à sa demeure et trouvant la porte fermée, brisa un carreau de la fenêtre et s'introduisit dans la maison en proférant des injures et des menaces contre sa femme. Cette dernière l'assigna pour violation de domicile. Le mari alléguait pour sa défense que la maison dans laquelle sa femme avait été autorisée à habiter était le domicile conjugal; que les époux exerçaient auparavant un commerce dans cette maison; que par suite elle n'avait pas cessé d'être légalement le domicile du mari qui n'était dès lors coupable que d'une

(1) Caen, 10 juillet 1878 (D. 79,2,209).

(2) Bourges, 4 janvier 1883 (S. 87,1,180).

infraction à l'ordonnance du président. La Cour a jugé, au contraire, que si, en droit, cette maison était restée le domicile du mari, au point de vue pénal il avait perdu le droit d'y résider : « Attendu que suivant le texte et l'esprit de « l'article 184, § 2, le mot « domicile » est une expression « générique qui s'applique à tout endroit servant d'habitation ou de résidence à un citoyen ; que l'ordonnance « autorisant la femme X... à résider momentanément et « exclusivement dans le domicile conjugal a eu pour effet « d'attribuer à ladite dame ce domicile comme habitation « personnelle ; que sans chercher si au point de vue civil ce « domicile a conservé son caractère légal vis-à-vis de X..., « il est certain qu'au regard de sa femme, il constituait au « profit exclusif de cette dernière, et jusqu'à l'événement « de la séparation de corps, un véritable domicile dans le « sens de l'article 184, § 2, etc. ⁽¹⁾. » Ainsi, au regard du mari, ce domicile est envisagé de deux façons : tantôt au point de vue civil, article 102, tantôt au point de vue pénal. Cette manière de voir a été admise pour protéger plus efficacement la femme soit dans la résidence, quelle qu'elle soit, qui lui est assignée.

La violation de domicile commise par un particulier diffère encore de celle commise par un agent de l'autorité au point de vue de la peine. Elle n'entraîne qu'un emprisonnement qui peut varier de six jours à trois mois et une amende de 16 francs à 300 francs.

(1) Amiens, 11 janvier 1873 (D. 73,2,156).

Outre le paragraphe deuxième de l'article 184, il existe d'autres textes qui protègent le domicile contre la violation dont il pourrait être l'objet de la part des particuliers.

L'article 276 punit d'un emprisonnement de six mois à deux ans « tous mendiants même invalides qui auront usé
« de menaces ou seront entrés sans permission du proprié-
« taire ou des personnes de sa maison , soit dans une habi-
« tation , soit dans un enclos en dépendant. » Il résulte de cet article qu'un mendiant qui pénètre dans une habitation est punissable, et les termes généraux employés par la loi permettent d'en faire l'application à tout fait de mendicité sans qu'il y ait à rechercher si celui qui s'en est rendu coupable se livre habituellement ou non à la mendicité. Il faut en outre, pour que le mendiant ne soit pas punissable, que le propriétaire ou les gens de sa maison lui aient donné la permission formelle d'y pénétrer, le simple fait par le propriétaire de ne pas s'opposer à son entrée, ne l'absoudrait pas.

La loi française ne s'est pas occupée de la violation de domicile commis par une troupe, à la différence de certaines législations étrangères qui en ont fait un délit spécial. Tel le Code pénal allemand. Elle n'a pas non plus considéré, comme circonstance aggravante, le fait d'être porteur d'armes chez celui qui s'introduit à l'aide de violences ou de menaces dans le domicile d'autrui.

POSITIONS.

POSITIONS PRISES DANS LA THÈSE.

DROIT ROMAIN.

I. A la fin de l'époque classique, le pécule *castrense* se composait de deux éléments distincts : 1^o *id quod in castris acquirit filius*, 2^o *id quod proficiscenti ad militiam datur*.

II. A l'origine, le *paterfamilias* était propriétaire du pécule *castrense*.

III. A la fin de l'époque classique, le fils était seul propriétaire du pécule *castrense*.

IV. La *minima capitis deminutio* encourue par le fils, vétéran ou soldat, n'entraînait pas la nullité du testament fait auparavant de son pécule *castrense*.

V. Dans le droit de Justinien, le père recueille le pécule *castrense* du fils mort *intestat*, sans laisser ni enfant ni frère ou sœur, à titre de succession.

DROIT FRANÇAIS.

I. Le principe de l'inviolabilité du domicile est applicable aux étrangers habitant la France.

II. En cas de refus du procureur de la République, de se rendre à la réquisition du juge d'instruction, celui-ci peut procéder seul à une visite domiciliaire.

III. Les préfets dans les départements et le préfet de police à Paris ne peuvent procéder à des visites domiciliaires, qu'en cas de flagrant délit.

IV. Hors le cas de flagrant délit, le juge d'instruction ne peut déléguer son droit de perquisition à un juge de paix ou à tout autre officier de police judiciaire.

V. En cas de flagrant délit, le juge d'instruction, outre les attributions exceptionnelles qui lui sont conférées, garde celles qu'il possède dans les cas ordinaires.

VI. Il n'y a pas rébellion de la part de celui qui a repoussé par la force les agents de l'autorité voulant s'introduire illégalement dans son domicile.

VII. Il y a violation de domicile par un simple particulier, même quand il n'a exercé des violences que contre les propriétés et non contre les personnes.

POSITIONS PRISES EN DEHORS DE LA THÈSE.

DROIT ROMAIN.

I. Les pactes et stipulations n'ont jamais pu constituer une servitude prédiale ou un droit d'usufruit.

II. Le copropriétaire d'un immeuble indivis ne peut seul constituer ou établir une servitude prédiale, soit par acte entre-vifs, soit par acte de dernière volonté, même sur sa part.

III. Dans l'action négatoire, c'était au demandeur à prouver que la servitude n'existe pas.

IV. La lésion est une cause de rescision ou tout au moins de redressement du partage.

DROIT CIVIL.

I. L'engagement dans les ordres sacrés, n'est pas un empêchement au mariage.

II. Les enfants naturels reconnus peuvent être adoptés par leurs auteurs.

III. L'article 2257 ne s'applique pas aux droits réels.

IV. Les jugements des tribunaux étrangers n'ont en France ni l'autorité de la chose jugée, ni la force exécutoire, et n'emportent pas hypothèque judiciaire. Le tribunal français appelé à donner l'*exequatur* peut réviser le jugement.

DROIT CRIMINEL.

I. Le complice du suicide dont le fait a consisté, même dans une coopération active, n'est pas punissable.

II. Si le mari qui a porté plainte en adultère contre sa femme, meurt pendant l'instance, le ministère public doit continuer la poursuite.

DROIT DES GENS.

I. L'Etat qui commence une guerre offensive est tenu, avant de recourir aux armes, de faire une déclaration de guerre.

II. Les habitants qui font actes de guerre, de même que les corps francs régulièrement organisés, doivent être considérés comme belligérants.

DROIT CONSTITUTIONNEL.

I. Le vote peut être plural, dans un pays où le suffrage universel existe.

Paris, le 15 juin 1889.

Vu par le Président de la thèse,

A. ESMEIN.

Vu et approuvé :

Le Doyen,

COLMET DE SANTERRE.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES.

DROIT ROMAIN.

DU PÉCULE *CASTRENSE*.

	Pages.
CHAPITRE I. Origine historique du pécule <i>castrense</i>	1
CHAPITRE II. Définition et composition du pécule <i>castrense</i>	9
<i>Section I.</i> Acquisition faite par le fils de famille au service.....	16
<i>Section II.</i> Donations faites au fils de famille soldat à son départ pour l'armée.....	26
<i>Section III.</i>	30
CHAPITRE III. Condition juridique du pécule <i>castrense</i>	33
<i>Section I.</i> Théorie primitive du pécule <i>castrense</i>	35
<i>Section II.</i> Innovations d'Adrien.	41
<i>Section III.</i> Le pécule <i>castrense</i> à la fin de l'époque classique.	50
§ I. Le pécule <i>castrense</i> pendant la durée de la puissance pa- ternelle.	50
§ II. Cessation de la puissance paternelle du vivant du fils ...	60
§ III. Le fils en puissance meurt avec un testament valable. ..	63
§ IV. Le fils en puissance meurt sans testament valable.	78
<i>Section IV.</i> Innovations de Justinien.	87

DROIT FRANÇAIS.

DE L'INVIOLABILITÉ DU DOMICILE.

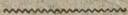
	Pages.
INTRODUCTION.....	95
CHAPITRE I. L'article 184 du Code pénal.....	106
CHAPITRE II. De l'inviolabilité du domicile pendant la nuit.....	123
CHAPITRE III. De l'inviolabilité du domicile pendant le jour.....	138
<i>Section I.</i> Surveillance exercée par les agents de l'autorité publique pour prévenir les infractions aux lois de police et de sûreté.	140
<i>Section II.</i> Recherche des crimes et délits.....	141
§ I. Droit de perquisition des juges d'instruction ou visite domiciliaire.	141
§ II. Droit de perquisition du procureur de la République et de ses auxiliaires en cas de flagrant délit. Perquisitions du juge d'instruction en cas de flagrant délit. De la réquisition d'un chef de maison.....	164
§ III. Droit de perquisition des préfets dans les départements et du préfet de police à Paris.....	178
§ IV. Droit de perquisition des gardes-champêtres et forestiers.	187
§ V. Exécution des mandements de justice.....	189
<i>Section III.</i> Exécution des jugements et condamnations.....	192
§ I. Jugements civils.....	192
§ II. Jugements criminels.....	194

	Pages.
<i>Section IV. Exécution des lois sur les contributions publiques.....</i>	195
§ I. Impôts directs.....	195
§ II. Impôts indirects.....	198
§ III. Douanes.....	204
<i>Section V.....</i>	206
CHAPITRE IV. Violation de domicile de la part d'un simple particulier.	213
POSITIONS.....	221



LIBRAIRIE L. LAROSE ET FORCEL

22, RUE SOUFFLOT, PARIS



OUVRAGES DE DROIT

SCIENCES, ARTS, LITTÉRATURE, ETC.

NEUFS ET D'OCCASION

